

Der Computerwartungsvertrag

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
URS WASER
von Engelberg OW

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507203_0063

Der Computerwartungsvertrag

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
URS WASER
von Engelberg OW

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 10 der Reihe

Computer und Recht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

*Meinen lieben Eltern
in dankbarem Andenken*

VORWORT

An dieser Stelle möchte ich allen danken, die in irgendeiner Weise zu meiner Arbeit beigetragen haben.

Ganz besonders danke ich Herrn Prof. Dr. P. Forstmoser für die Anregung zum Thema der vorliegenden Arbeit und für die mir bei der Ausarbeitung gewährte Freiheit. Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Dr. E. Neff, Rechtsabteilung IBM Schweiz, für seine Hilfsbereitschaft und sein Interesse an meiner Arbeit. Danken möchte ich auch Herrn H. Rittmann, Zürich-Versicherungen, für seine Hinweise auf die versicherungsrechtlichen Aspekte.

Engelberg, 1. September 1980

Urs Waser

INHALTSVERZEICHNIS

1. TEIL

Einleitung	1
------------	---

1. Kapitel

Terminologie	1
--------------	---

2. Kapitel

Die typischen Grundzüge eines Computerwartungsvertrags	2
--	---

I. Zustandekommen	2
-------------------	---

II. Leistungen der Wartungsfirma	2
----------------------------------	---

III. Leistungen des Kunden	3
----------------------------	---

IV. Erfüllungsort	4
-------------------	---

V. Haftung	4
------------	---

VI. Gläubiger- und Schuldnerwechsel	5
-------------------------------------	---

VII. Beendigung	5
-----------------	---

VIII. Gerichtsstand und anwendbares Recht	6
---	---

3. Kapitel

Der Zweck des Wartungsvertrags	7
--------------------------------	---

2. TEIL

Qualifikation	8
---------------	---

1. Kapitel

Die Bedeutung der Qualifikation	8
---------------------------------	---

2. Kapitel

Die gesetzlich geregelten Arbeitsleistungsverträge	12
--	----

I. Gesellschaft	12
-----------------	----

II. Der Arbeitsvertrag	13
------------------------	----

III. Der Werkvertrag	13
----------------------	----

A. Der traditionelle weite Werkbegriff	14
--	----

B. Der neuere enge Werkbegriff	14
--------------------------------	----

1. Begründung	14
---------------	----

2. Kritik	15
-----------	----

C. Entwicklung eines sachgerechten Werkbegriffs	16
---	----

VIII

IV.	Auftrag	18
A.	Abgrenzung des Auftrags gegen Arbeits- und Werkvertrag durch die Leistung des Beauftragten	18
B.	Der Auftrag als Vertrauensverhältnis	21
C.	Das jederzeitige Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht	21
V.	Die Einordnung eines konkreten Arbeitsleistungsvertrags	24

3. Kapitel

	Die Einordnung des Computerwartungsvertrags	26
I.	Der Computerwartungsvertrag ist kein Arbeitsvertrag	26
II.	Der Computerwartungsvertrag ist kein Werkvertrag	26
III.	Der Computerwartungsvertrag ist kein Auftrag	28
IV.	Der Computerwartungsvertrag als Innominatvertrag	31
A.	Zulässigkeit von Innominatverträgen im Bereich der Arbeitsleistungsverträge	31
B.	Innominatverträge	34
1.	Begriff, Arten und Abgrenzungen	34
2.	Zulässigkeit von Innominatverträgen	36
3.	Rechtsanwendung bei Innominatverträgen	36
C.	Der Computerwartungsvertrag als Innominatvertrag sui generis	37

3. TEIL

	Die einzelnen Elemente des Computerwartungsvertrags	39
--	---	----

1. Kapitel

	Der Computerwartungsvertrag als Standardvertrag	39
I.	Eigenart und Verbreitung der Standardverträge	39
II.	Begriff des Standardvertrags	40
III.	Vorteile des Standardvertrags	40
IV.	Nachteile der Standardverträge	42
V.	Die rechtliche Behandlung der besonderen Problematik der Standardverträge	45
A.	Die herrschende Praxis	45
1.	Vorbemerkungen	45
2.	Geltungsvereinbarung und Auslegung von Standardverträgen	47
a)	Geltungsvereinbarung	47
aa)	Grundsätzliches	47
bb)	Ungewöhnlichkeitsregel	48
b)	Auslegung von Standardverträgen	51
aa)	Im allgemeinen	51
bb)	Unklarheitenregel	51
3.	Schranken der Vertragsfreiheit bei Standardverträgen	53

B. Neuere Tendenzen der Lehre zur Bewältigung der besonderen Problematik der Standardverträge	55
1. Vorbemerkung	55
2. Gesetzgeberische Massnahmen	56
3. Direkte richterliche Inhaltskontrolle	57
a) Aufsetzen eines Standardvertrags als Ausübung eingeräumten Ermessens	57
b) Missbrauch der Vertragsfreiheit als Grundlage einer direkten richterlichen Inhaltskontrolle	59
c) Vermehrte Anwendung des Übervorteilungsverbots	59
d) Ausweitung der Ungewöhnlichkeitsregel	61
VI. Zusammenfassung	63
 2. Kapitel	
Der Vertragsabschluss	65
I. Die Wahl der Wartungsfirma	65
A. Wartung durch den Hersteller	65
B. Wartung durch ein eigenes Wartungsteam	66
C. Wartung durch eine unabhängige Wartungsfirma	67
II. Zur Frage des Kontrahierungszwangs	69
III. Verhandlungsspielraum bei Wartungsverträgen	72
IV. Untersuchung der Maschinen vor Vertragsabschluss	73
V. Der schriftliche Vertragsabschluss	75
VI. Abweichende mündliche Vereinbarungen	76
 3. Kapitel	
Die Gültigkeit des Computerwartungsvertrags	79
 4. Kapitel	
Die Leistungen der beiden Vertragsparteien	80
I. Leistungen der Wartungsfirma	80
A. Überblick über die vertragliche Regelung	80
B. Die optimale Wartung	81
1. Ziel des Kunden	81
a) Zeitpunktbereitschaft	81
b) Durchlaufwahrscheinlichkeit	81
c) Wahrscheinlicher Nutzungsgrad	81
2. Optimierung des wahrscheinlichen Nutzungsgrades	82
a) Meantime to failure	82
b) Meantime to repair	83
c) Vorbeugende Wartung	84
d) Vorgesehene Nutzungszeit	86
e) Schlussfolgerung	86
C. Die Leistungen der Wartungsfirma im einzelnen	87
1. Instandhaltung	87
2. Instandsetzung	88
3. Einbau technischer Verbesserungen	91
4. Recht auf Wartung ausserhalb der Wartungszeit	91

D. Nicht geschuldete Leistungen	92
1. Sonderleistungen	92
2. Behebung von Schäden infolge höherer Gewalt, Selbst- oder Drittverschuldens	92
II. Leistungen des Kunden	95
A. Zahlungspflichten	95
1. Wartungsgrundgebühr	95
2. Extrazahlungen und Zuschläge	96
B. Nebenpflichten	97
5. Kapitel	
Zahlungsmodalitäten	99
I. Zahlungsfristen	99
II. Verrechnungsausschluss	99
III. Ausschluss des Retentionsrechts	100
6. Kapitel	
Erfüllungsort	101
7. Kapitel	
Haftung	102
I. Die Rechtslage gemäss Gesetz	102
II. Überblick über die Regelung in den Computerwartungsverträgen	104
III. Die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen	106
A. Die herrschende Praxis	106
1. Geltungsvereinbarung, Auslegung, Schranken der Vertragsfreiheit	106
2. Die Beschränkung der Freizeichnung durch OR 100 und 101	107
3. Zusammenfassung	108
B. Tendenzen der Lehre, die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln einzuschränken	109
1. Ausdehnung des Anwendungsbereichs von OR 100 II und 101 III	109
2. Freizeichnung als Verstoss gegen die guten Sitten	112
a) Missbrauch einer Machtstellung	112
b) Krasse Benachteiligung der einen Partei	112
c) Verletzung des Persönlichkeitsrechts	113
3. Freizeichnung als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung	114
4. Freizeichnung als Verstoss gegen das Prinzip der Haftung	114
5. Freizeichnung als Verstoss gegen das für die Arbeitsobligation gesetzlich zwingend vorgeschriebene Sorgfaltsmass	115
IV. Verjährung der Schadenersatzansprüche	116

8. Kapitel	
Partei-, Gläubiger- und Schuldnerwechsel	119
I. Die gesetzliche Regelung des Partei-, Gläubiger- und Schuldnerwechsels	119
II. Abweichende vertragliche Vereinbarungen	119
III. Zulässigkeit abweichender vertraglicher Vereinbarungen	120
A. Zession	120
B. Schuldübernahme und Parteiwechsel	121
9. Kapitel	
Beendigung des Vertrages	123
I. Vertragliche Regelung der Beendigung	123
II. Formgebundenheit der Kündigung	124
III. Die Beendigungsgründe im einzelnen	124
A. Kündigung: Wünschbarkeit längerer Kündigungsfristen	124
B. Tod, Handlungsunfähigkeit und Zahlungsunfähigkeit	126
C. Nachträgliche Unmöglichkeit	127
D. Schuldner- und Gläubigerverzug	128
E. Wichtige Gründe	129
IV. Das Vorgehen bei der Liquidation des Vertragsverhältnisses	130
10. Kapitel	
Gerichtsstand und anwendbares Recht	132
I. Gerichtsstand	132
II. Anwendbares Recht	133
Anhang I: Vertragsschluss	136
Anhang II: Wartungsleistungen	139
Anhang III: Nicht geschuldete Leistungen	146
Anhang IV: Kundenpflichten	150
Anhang V: Zahlungsmodalitäten	156
Anhang VI: Erfüllungsort	158
Anhang VII: Haftung	159
Anhang VIII: Partei-, Gläubiger- und Schuldnerwechsel	162
Anhang IX: Beendigung des Vertrages	163
Anhang X: Anwendbares Recht	167
Anhang XI: Versicherungen	168

LITERATURVERZEICHNIS

- Andrews David: The legal challenge posed by computers, in: Computers, Contracts and Law, Online Conferences, London 1979, S. 1 ff.
- Auer Eugen: Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Diss. Bern 1964
- Bauer Walter Bruno: Der Schutz vor unbilligen allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1977
- Becker H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. 6: Obligationenrecht
- 1. Halbband: OR 1–183, Bern 1941
 - 2. Halbband: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934
- Bedell-Pearce: Multivendor data processing contracts: Getting the best deal for the user, in: Computers, Contracts and Law, Online Conferences, London 1979, S. 87 ff.
- Bernacchi/Larsen: Data Processing Contracts and the Law, Boston 1974
- Bollag G.: Die kontraktliche Haftung des Architekten, Diss. Basel 1932
- Bucher Eugen: Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977 (zit. Bucher, Mélanges Deschenaux)
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979 (zit. Bucher, OR)
- Bühler Theodor: Standardverträge und allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, in: SJZ 72 (1976) S. 1 ff.
- von Büren Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht:
- Bd. 1: Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. v. Büren, OR I)
 - Bd. 2: Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit. v. Büren, OR II)
 - Der Auftrag. Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts, Diss. Zürich 1944 (zit. v. Büren, Auftrag)
- Cross Barry: Serving the needs of big and small firms, in: Computer Weekly, vol. 18 (1975), no. 447, p. 3 Sup.
- Dachey Jon: Keeping your machines up to scratch, in: Computer Weekly, vol. 18 (1975), no. 447, p. 8 Sup.
- Dostalek Z.: Problematics of different technical maintenance for computers, NASA N 78 11724, August 1977
- Eastwell Max: Exercise your right to go independent, Data Processing, vol. 20 (1978), no. 4, p. 27 ff.
- Forstmoser Peter: Vertragsprobleme im Bereich der EDV, in: Sysdata und Bürotechnik 8–9, 1975, S. 6–8 (zit. Forstmoser, EDV)
- Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in: Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd. 36: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern/Stuttgart 1976 (zit. Forstmoser, AGB)
 - Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und deutschen Recht, in: Festgabe für Max Kummer (zit. Forstmoser, FG Kummer)
- Forstmoser/Meier-Hayoz: Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 1980
- Freed Roy N.: Computer contracting practice in the US, in: Computers, Contracts and Law, Online Conferences, London 1979, S. 57
- Friedrich H.P.: Fragen aus dem Auftragsrecht, in: ZBJV 91 (1955) S. 449 ff.
- Fuchs Allen: Der Erwerb von Computern, Diss. Zürich 1978
- Gauch Peter: Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977 (zit. Gauch, Werkvertrag)
- System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg i.Ue. 1978 (zit. Gauch, Dauerverträge)
- Gauch/Schluep/Jäggi: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., Zürich 1977
- Gautschi Georg: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 6: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse
- 3. Teilband: Der Werkvertrag, 2. Aufl., Bern 1967
 - 4. Teilband: Der einfache Auftrag, 3. Aufl., Bern 1971
 - Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: Festgabe zum 60. Geburtstag von K. Oftinger, Zürich 1969 (zit. Gautschi, FG Oftinger)

- Gessler Dieter: Beitrag zur Lehre vom Veranstaltungsvertrag, Diss. Zürich 1979
- Gibson Roy: The third party maintenance role, in: *Computer Weekly*, vol. 18 (1975), no. 447, p. 2 Sup.
- Giger Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 6: Obligationenrecht, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184–215, Bern 1979
- Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag, *ZBJV* 105 (1969) S. 309 ff. (zit. Giger, richt. Eingriff)
- Graef/Schubring: Betrachtung der langfristigen Rechnernutzung, *Angewandte Informatik* 17, Juni 1975, S. 223 ff.
- Guhl/Merz/Kummer: Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972
- Hecht Werner: Der standardisierte Vertrag, *ZSR* 79 (1960) S. 47 ff.
- Hieber/Rzehak: Über die Wartung einer Rechenanlage in eigener Regie, *Angewandte Informatik* 13, Mai 1971, S. 237 ff.
- Hofstetter Josef: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. 7/2, Basel/Stuttgart 1979
- Jäggi Peter: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Kommentierung des Art. 3 ZGB, Bern 1966
- Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, in: *SJZ* 69 (1973) S. 301 ff.
- Jäggi/Gauch: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5: Das Obligationenrecht, Teilband 1b, Zürich 1980
- Karck Gerhard: Der technische Kundendienst kommt durchs Telefon, *Adl.-Nachrichten*, Online, Nr. 11/1978, S. 894 ff.
- Kaye Dolina B.: The computer vendors viewpoint, in: *Computers, Contracts and Law*, Online Conferences, London 1979, S. 76 ff.
- Keller Heinz: Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine Rechtstatsachenuntersuchung, Diss. Bern 1970 (zit. Keller, AGB)
- Keller Max: Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, in: *SJZ* 57 (1961) S. 313 (zit. Keller, Auslegung)
- Keller/Siehr: Einführung in die Eigenart des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Zürich 1979
- Keller/Schulze/Schätzle: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Internationalen Privatrecht, Bd. II: Obligationenrecht, Zürich 1977
- Koller Arnold: Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg i.Ue. 1967
- Kreis Henri: Der Architektenvertrag, Diss. Zürich 1938
- Larenz Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975
- Liver Peter: Der Begriff der Rechtsquelle, *ZBJV* 91bis (1955) S. 1 ff.
- Lörtsch Thomas: Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977
- Meier-Hayoz Arthur: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Kommentierung der Art. 1 und 4 ZGB, Bern 1966
- Verträge (gesetzlich nicht geregelte), Allgemeines – Verträge sui generis, *SJK* 1134
- Verträge (gesetzlich nicht geregelte), Gemischte Verträge, *SJK* 1135
- Merz Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Kommentierung des Art. 2 ZGB, Bern 1966
- Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Festgabe Schönenberger, Freiburg i.Ue. 1968 (zit. Merz, FG Schönenberger)
- Richterliche Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, Bd. 41, 1968, S. 67 ff. (zit. Merz, Kontrolle)
- Mosimann Rudolf: Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972
- Mustafa Rijabe Mustafa: La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Thèse Lausanne 1958
- Nabholz Peter: Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Diss. Zürich 1958
- Neal J.: Key role of maintenance, in: *Computer Weekly*, vol. 20 (1976), no. 490, p. 16

- Neuenschwander Markus: Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, 2. Aufl. 1972
- Nordmann Philippe: Le contrat d'adhésion, abus et remèdes, Thèse Lausanne/Fribourg 1974
- Oesch Thomas: Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht, Diss. Basel 1978
- Oftinger Karl: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 4: Das Sachenrecht, Abteilung 2c: Das Fahrnispfand, 2. Aufl., Zürich 1952
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 4. Aufl., Zürich 1975 (zit. Oftinger, Haftpflicht)
 - Bundesgerichtspraxis zum allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1973 (zit. Oftinger, Bundesgerichtspraxis)
 - Der Trödelvertrag, Zürich 1937 (zit. Oftinger, Trödelvertrag)
 - Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948 (zit. Oftinger, Vertragsfreiheit)
 - Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955 (zit. Oftinger, Ungelesene Urkunde)
 - Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, in: Festschrift für Pan J. Zepos, Bd. 2, Athen/Freiburg i.Br./Köln 1973 (zit. Oftinger, laesio)
- Oser/Schönenberger: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5: Das Obligationenrecht
- 1. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1929
 - 2. Halbband, Zürich 1936
- Pedrazzini Mario M.: Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/1, Basel/Stuttgart 1977
- Peyer Jürg: Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht, Diss. Zürich 1974
- Piera: A policy for the procurement of maintenance, in: Pipe/Veenhuis: National planning for informatics in developing countries, Amsterdam/New York/Oxford 1976
- Procter: The future of maintenance, Data Processing, vol. 20 (1978), no. 4, p. 30
- Reber Klara: Abgrenzung von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag, Diss. Basel 1972
- Rehbinder Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Bern 1977 (zit. Rehbinder, Arbeitsrecht)
- Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz. Zum neuen deutschen Gesetz über die Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, SJZ 73 (1977) S. 36 ff. (zit. Rehbinder, AGB)
- Sandschepper Günter: Ist Wartung überhaupt ein Thema?, Adl.-Nachrichten, Online, Nr. 11/1978, S. 835
- Schaffitz Regina Mireille: Der Schulvertrag, Diss. Zürich 1977
- Schaub Rudolf P.: Der Engineeringvertrag, Diss. Bern 1979
- Schlupe Walter R.: Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/2, Basel/Stuttgart 1979
- Schnyder Bernhard: Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss. Freiburg i.Ue. 1960
- Schönenberger/Jäggi: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5: Das Obligationenrecht, Teilband 1a, Zürich 1973
- Schranner Hans: Unzulässige Überwälzung und Wegbedingung der Schadenersatzpflicht, Diss. Zürich 1973
- Schuler Alois: Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1978
- Schwander Werner: Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss. Freiburg 1963
- Spiro Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975
- Stark Emil W.: Die Übervorteilung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975
- von Steiger Werner: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 8: Handelsrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1976
- Stockar Conrad H.: Zur Frage der richterlichen Kontrolle von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Basel/Stuttgart 1971

- Timperley Steve: Caring for the elderly, Data Processing, vol. 20 (1978), no. 9, p. 16
- von Tuhr/Peter: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1978
- von Tuhr/Escher: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3. Aufl., Zürich 1974
- Tuor/Schnyder: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975
- Widmer Urs: Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Diss. Zürich 1971
- Wittenberg Ulrich H.: Lohnt sich die präventive Wartung?, Adl.-Nachrichten, Online, Nr. 11/1978, S. 901 ff.
- Wyniger Charles: Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. Bern 1963
- Zahrnt Christoph: VOC, Verdingungsordnung für Computerleistungen, Teil 1: Die besonderen Vertragsbedingungen für die Miete, den Kauf und die Wartung von EDV-Anlagen und -Geräten, Berlin 1978

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.OR	BG über das Obligationenrecht von 1888
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd./Bde.	Band/Bände
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BGr.	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
FG	Festgabe
gl.M.	gleicher Meinung
h.L.	herrschende Lehre
m.E.	meines Erachtens
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra./Pr.	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona)
S.	Seite
Sem.	La semaine judiciaire (Genève)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
u.U.	unter Umständen
u.Diss.	ungedruckte Dissertation
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

1. TEIL

Einleitung

1. Kapitel

Terminologie

Unter Wartung versteht man im allgemeinen die Instandsetzung und die Instandhaltung der einzelnen Geräte eines Computersystems¹. Für die Instandhaltung wird manchmal der Begriff vorbeugende oder präventive Wartung gebraucht, statt von Instandsetzung spricht man auch von Reparaturen oder korrigierender Wartung. Vereinzelt wird nur die Instandhaltung als Wartung bezeichnet². In einem weiteren Sinne wird auch das Suchen und Korrigieren von Softwarefehlern – das sogenannte Debugging – als Wartung bezeichnet³. In der vorliegenden Arbeit wird unter Wartung immer die Instandhaltung und Instandsetzung der Hardware verstanden.

Als Parteien des Wartungsvertrags stehen sich auf der einen Seite die Wartungsfirma, auf der andern der Kunde – auch Anwender oder Benutzer genannt – gegenüber. Da die Wartung meist vom Hersteller der Geräte durchgeführt wird⁴, wird für "Wartungsfirma" synonym der Ausdruck "Herstellerefirma" gebraucht, sobald betont werden soll, dass von der Wartung durch den Hersteller gesprochen wird.

1 Fuchs, S. 56, 69, 86; Piera, S. 66; Sandschepper, S. 835; Schluep, S. 962.

2 Rechentechnik und Datenverarbeitung Bd. 10 (1973), Heft 11, S. 27.

3 Fuchs, S. 56, 69; gleich ist die Terminologie im Englischen, wo "maintenance" ebenfalls für Hardware und Software verwendet wird (vgl. Bernacchi/Larsen, S. 574).

4 Vgl. hinten S. 65 ff.

2. Kapitel

Die typischen Grundzüge eines Computerwartungsvertrags

Wartungsverträge sind Standardverträge, die regelmässig ohne Abänderung übernommen werden. Da in einem Standardvertrag der Vertragspartner, der das Vertragswerk verfasst, möglichst weitgehend seine Eigeninteressen zu fördern sucht, muss unterschieden werden zwischen den Wartungsverträgen der Kunden¹ und jenen der Hersteller².

Im folgenden werden die wesentlichsten Punkte eines Wartungsvertrages dargestellt und wichtige Unterschiede zwischen den Verträgen der beiden Seiten kurz aufgezeigt. Es soll an dieser Stelle nur ein Überblick geboten werden unter Weglassung von Einzelheiten. Die vertraglichen Regelungen werden im 3. Teil eingehend behandelt.

I. Zustandekommen

Der Wartungsvertrag kommt zustande durch Unterzeichnung der Vertragsformulare, also nur schriftlich³.

Kundenfreundliche Verträge zwingen die Wartungsfirma zum Vertragsschluss, wenn die betreffende Maschine mit einem gültigen Wartungszertifikat erworben wurde, und nach Ablauf der jeweiligen Garantieperiode⁴. Im ersten Fall darf die Wartungsfirma allerdings die Maschine zuerst auf Transport- und Lagerschäden untersuchen und bei Installation durch Dritte diese Punkte nachprüfen. In allen andern Fällen muss die Wartungsfirma mindestens die Maschine untersuchen und dann entscheiden, ob sie einen Wartungsvertrag abschliessen will.

II. Leistungen der Wartungsfirma

In erster Linie werden Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten geschuldet. Daneben versprechen die Hersteller auch den Einbau eventueller technischer Verbesserungen⁵.

1 Beispiel: die im Anhang I–X jeweils als Vertrag 1 bezeichneten Vertragsbestimmungen, S. 136–167.

2 Beispiel: alle übrigen Vertragsklauseln im Anhang I–X, S. 136–167.

3 Vgl. hinten S. 75 und die dort in Anm. 63 genannten Beispiele.

4 Anhang I: Vertrag I, S. 136.

5 Vgl. hinten S. 80 und die dort in Anm. 1 und 2 genannten Vertragsbestimmungen.

Wichtig ist, dass die Wartungsfirmen bei Instandsetzungsarbeiten die Behebung der Störung und damit einen Erfolg garantieren, während bei Instandhaltungsarbeiten nur eine sorgfältige Arbeit versprochen wird. Die Kundenseite strebt eine Erfolgsgarantie für das ganze Vertragsverhältnis an, indem die Wartungsfirma indirekt verpflichtet wird, eine fast ununterbrochene Betriebstüchtigkeit der Anlage zu gewährleisten⁶.

Nicht Vertragsbestandteil sind Leistungen, die über diese Arbeiten hinausgehen, wie beispielsweise die Lieferung von Betriebsmitteln, und, was wichtiger ist, die Behebung von Störungen, die von der Wartungsfirma nicht zu vertreten sind, weil sie durch höhere Gewalt, durch Selbst- oder Drittverschulden verursacht worden sind⁷. Wesentlich ist hier die Verteilung der Beweislast: Verträge der Kundenseite überbinden sie der Wartungsfirma, während Verträge der Wartungsfirmen sie dem Kunden aufbürden⁸.

Die Wartung wird normalerweise während der Wartungsbereitschaftszeit vorgenommen, die von Montag bis Freitag dauert und auf die normale Arbeitszeit – neun Stunden pro Tag – beschränkt ist. Ausgenommen sind die offiziellen Feiertage. Beginn und Ende der täglichen Bereitschaftszeit variieren je nach Wartungsfirma. Zusätzliche Bereitschaftszeiten und Wartungsarbeiten ausserhalb der normalen Bereitschaftszeit müssen zusätzlich bezahlt werden⁹.

Kundenfreundliche Verträge betonen, dass bei der Aufstellung des Wartungsplans für die vorbeugende Wartung auf die betrieblichen Gegebenheiten beim Kunden Rücksicht zu nehmen ist und dass Reparaturarbeiten spätestens zwei Stunden nach Eingang der Störungsmeldung zu beginnen haben¹⁰.

III. Leistungen des Kunden

Der Kunde hat für die Wartung eine monatliche Wartungsgrundgebühr zu entrichten, die auf einem beiliegenden Blatt – Nachtrag, Geräteschein, Wartungsschein, Spezifikationsblatt oder Arbeitsliste genannt – für jede Maschine festgehalten ist. Diese Leistung ist jeweils im voraus zu erbringen, je nach Wartungsfirma für den bevorstehenden Monat, für das bevorstehende Quartal oder sogar für das ganze Jahr¹¹.

Daneben wird meist noch ein benutzungsabhängiger Zuschlag erhoben, der jeweils am Anfang des folgenden Monats fakturiert wird¹¹.

6 Vgl. hinten S. 88 ff.

7 Ausführlich hinten S. 92 ff.

8 Hinten S. 94.

9 Ausführlich hinten S. 95 ff.

10 Anhang II und IV: jeweils Vertrag 1, S. 139 und 150; hinten S. 87 ff.

11 Anhang III, S. 146 f.; ausführlich hinten S. 95 f.

In allen Wartungsverträgen ist die Möglichkeit vorgesehen, die Wartungsgebühr zu erhöhen, ohne gleich das ganze Vertragswerk kündigen zu müssen. Der Gebührenerhöhung geht eine je nach Vertrag variierende Ankündigungsfrist voraus, wobei der Kunde die Gelegenheit erhält, auf Ablauf dieser Frist und damit vor Eintritt der Gebührenerhöhung den Vertrag zu kündigen¹¹. Kundenfreundliche Verträge sehen dabei mindestens einen Begründungszwang vor.

Steuererhöhungen, neue Steuern und Gebühren dürfen meist direkt auf den Kunden überwältzt werden¹².

Eine Verrechnung mit Forderungen gegenüber der Wartungsfirma kann je nach Vertrag nur mit deren Zustimmung zulässig sein¹³.

IV. Erfüllungsort

Erfüllungsort ist für die Wartungsfirma der im Nachtrag angegebene Standort der Maschine, für den Kunden der schweizerische Sitz der Wartungsfirma¹⁴.

V. Haftung

Besondere Aufmerksamkeit wird der Regelung der Haftung gewidmet.

- In der Regel lehnen die Wartungsfirmen jede Haftung für Zerstörung bzw. Wiederbeschaffung von Daten ab; der Kunde soll sich selbst durch Ersatzkopien schützen¹⁵. Ebenso wird die Haftung für eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht oft abgelehnt; der Kunde hat auf eigene Kosten Schutzmassnahmen zu treffen¹⁶.
- Anders sind hier die Regelungen in kundenfreundlichen Verträgen: Es besteht eine Haftung für die Verletzung der Geheimhaltungspflicht und für schuldhaftes Vernichtung oder Veränderung von Daten, mindestens bis zu einem fixierten Höchstbetrag¹⁷.
- Ferner enthält jeder Vertrag Freizeichnungsklauseln, das sind Vertragsbestimmungen, welche die Haftung mehr oder weniger weitgehend einschränken. Kein Vertrag sieht eine Haftung ohne Verschulden vor¹⁸, zum Teil wird auch die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen¹⁹. Regelmässig wird die Haftung

12 Beispiel Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 3, S. 150.

13 Beispiel Anhang V: Vertrag 6, Klausel 2, S. 157.

14 Ausführlicher hinten S. 101 (und dortige Anm. 1–4).

15 Hinten S. 105 und die dort in Anm. 31 zitierten Vertragsbestimmungen.

16 Hinten S. 105 und die dort in Anm. 36 und 37 zitierten Vertragsbestimmungen.

17 Vgl. Anhang VII: Vertrag 1, S. 159.

18 Anhang VII: alle Verträge, S. 159 ff.

19 Anhang VII: Vertrag 3, Klausel 2, S. 161.

auf den direkten Schaden eingeeengt und summenmässig begrenzt²⁰. Auch kundenfreundliche Verträge sehen nur eine Verschuldenshaftung vor und übernehmen zum Teil die Beschränkung auf Ersatz des direkten Schadens²¹.

- Meist wird unterschieden zwischen Personen- und Sachschäden, wobei einige Wartungsfirmen für Personenschäden eine weitergehende Haftung übernehmen als für Sachschäden²². Der Schaden an den zu wartenden Maschinen kann wiederum einer Sonderregelung unterstehen, die dann die Übernahme aller Reparaturkosten für diese beschädigten Systembestandteile vorsieht²³.

Zum Teil wird von der Kundenseite her eine unbegrenzte Haftung für jeden verschuldeten Schaden gefordert (also auch für indirekte Schäden), wobei sich die Wartungsfirma über eine entsprechende Versicherung auszuweisen hätte.

VI. Gläubiger- und Schuldnerwechsel

In den Wartungsverträgen einiger Firmen findet sich auch eine Regelung des Gläubiger- und Schuldnerwechsels. Die Vertragsbestimmungen sehen z.B. vor, dass die Wartungsfirma Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf Dritte übertragen darf, der Kunde dagegen nur mit Zustimmung der Firma²⁴. Oder umgekehrt, dass sowohl Schuldübernahme wie Zession vom Einverständnis der Gegenpartei abhängen²⁵.

VII. Beendigung

Alle Wartungsverträge werden auf unbestimmte Zeit abgeschlossen²⁶.

Ein Blick auf die Kündigungsfristen zeigt ein äusserst buntes Bild; kaum ein Vertrag enthält genau die gleiche Regelung wie der andere. Oft sind die Kündigungsfristen für die Wartung einer einzelnen Maschine wesentlich kürzer als die Frist für die Kündigung des ganzen Vertragswerks²⁷. Die Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen unterliegt zum Teil einer Sonderregelung²⁸. Da jedes Gerät eine ausreichende Wartung benötigt, ist es begrüssenswert, wenn die Kündigung durch die Wartungsfirma mittels einer langen Kündigungsfrist erschwert ist.

20 Anhang VII: Verträge 1–5, S. 159 ff.

21 Anhang VII: Vertrag 1, S. 159.

22 Vgl. die S. 104 in Anm. 23 und 24 zitierten Verträge.

23 Anhang VII: Verträge 3 und 4, jeweils Klausel 1, S. 160 f.

24 Anhang VIII: Vertrag 4, Klausel 1, S. 162.

25 Anhang VIII: Vertrag 2, S. 162.

26 Anhang IX: alle Verträge, S. 163 ff.

27 z.B. Anhang IX: Vertrag 2, Klauseln 1 und 2, S. 163.

28 Anhang IX: Vertrag 3, Klausel 3; Vertrag 6, Klausel 4; Vertrag 1, Klausel 4; S. 164 ff.

VIII. Gerichtsstand und anwendbares Recht

Beide Parteien versuchen jeweils, ihren eigenen Gerichtsstand als Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Wartungsvertrag vorzusehen²⁹. Meist wird ausdrücklich schweizerisches Recht als anwendbar erklärt³⁰.

29 Vgl. S. 132 f.

30 Vgl. S. 133 ff.

3. Kapitel

Der Zweck des Wartungsvertrags

Der Kunde hat nur einen Wartungsvertrag abzuschliessen, wenn er das betreffende Gerät gekauft oder geleast hat; bei der Miete ist die Wartung im Mietvertrag enthalten.

Kauf- und Wartungsvertrag sind stark aufeinander ausgerichtet; der Wartungsvertrag schliesst an die kaufrechtliche Gewährleistung an und setzt sie fort. Zweck des Vertrags ist die Regelung der Verantwortung für die Betriebsbereitschaft der Anlage: Der Hersteller garantiert sie zuerst unter dem Titel der Gewährleistung und dann unter dem Wartungsvertrag. Während bei der Miete das Risiko der Betriebsbereitschaft beim vermietenden Hersteller liegt, verschiebt es sich beim Kauf auf die Seite des Käufers. Da aber in beiden Fällen des Kunden Sicherheitsbedürfnis – d.h. sein Angewiesensein auf ein reibungsloses Funktionieren der Anlage – gleich gross ist, tendiert er darauf, durch den Abschluss eines Wartungsvertrags die Betriebsbereitschaft für die ganze – durchschnittlich sechsjährige¹ – Lebensdauer seiner Anlage zu sichern². Der Vertrag sollte deshalb für diesen Zeitraum unkündbar sein³.

Um aus einem Computerkauf praktischen Nutzen ziehen zu können, ist die Zusage der Wartung von entscheidender Bedeutung⁴: Erst dann ist der Anwender sicher, dass er bei Störungen – die auch bei den besten Geräten unvermeidlich sind – nicht auf sich allein abgestellt ist.

Ferner ist zu beachten, dass von Computern – im Gegensatz zu vielen andern Maschinen – eine hundertprozentige Genauigkeit erwartet wird, Ungenauigkeiten erschüttern das Vertrauen des Personals in das Gerät⁵. Ein Gerät kann aber nur so gut sein wie Zentraleinheit und Peripheriegeräte und Software und Beratung und Wartung⁶.

Ein weiterer Punkt ist der Wiederverkaufswert: Nur sorgfältig gewartete Geräte behalten einen grösseren Wiederverkaufswert⁷.

Wichtig für den Kunden ist auch, dass er dank der Fixierung der Unterhaltskosten im Wartungsvertrag eine Versicherung gegen Reparaturrisiken geniesst⁸. Daneben gibt es die Möglichkeit der Wartung auf Material- und Zeitbasis, wobei der Kunde nur die tatsächlich erbrachten Leistungen bezahlt. Der Nachteil besteht darin, dass hier die Unterhaltskosten nicht von vornherein bekannt sind und damit auch nicht budgetiert werden können.

1 Zahrnt, S. 298, N 1.

2 Zahrnt, S. 25, N 32.

3 Ausführlich hinten S. 124 ff.

4 Dachev, S. 8; Piera, S. 66; Timperley, S. 46.

5 Dostalek, a.a.O.

6 Zahrnt, S. 3, N 6.

7 Eastwell, S. 29; Timperley, S. 46.

8 Piera, S. 67.

2. TEIL

Qualifikation

1. Kapitel

Die Bedeutung der Qualifikation

Vor dem Versuch, den Computerwartungsvertrag unter einen Vertragstypus einzuordnen, stellt sich die Frage, warum ein Vertragsverhältnis überhaupt qualifiziert werden soll.

Die *Bedeutung der Einordnung* zeigt sich bei der *Rechtsanwendung*. Besonders wichtig ist eine richtige Subsumtion, wenn zwingende Normen vorliegen; sie kann aber auch Klarheit schaffen, wenn Streitigkeiten über die Ansprüche der Parteien entstehen¹. Dabei muss über Rechte und Pflichten der Parteien entschieden werden. Der erste Schritt besteht im Rückgriff auf den vorliegenden Vertrag. Wenn sich aus den konkreten Regelungen des Vertrags eine Lösung für den Streit ergibt, ist der Fall erledigt. Die Abmachungen können aber auch unklar sein, dann sind sie nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Sofern die streitige Frage auch damit noch nicht beantwortet werden kann, liegt eine Vertragslücke vor².

Diese *Vertragslücke* kann auf zwei Arten geschlossen werden: durch ergänzende Vertragsklauseln nach dem Vertrauensprinzip, wobei der *hypothetische Parteiwille* und die Natur des konkreten Geschäfts massgebend sind, oder durch Beizug des *Vertragstypenrechts*³.

Das gesetzliche Vertragstypenrecht kann zwingender oder dispositiver Natur sein. *Zwingende Normen* dienen im Bereich des Vertragsrechts vor allem dem *Schutz* der Persönlichkeit, indem sie etwa den sozial oder wirtschaftlich Schwächeren schützen⁴. *Dispositive Normen* hingegen beinhalten einen durchschnittlichen Parteiwillen oder das bei durchschnittlichen Gegebenheiten Richtige⁵. Daraus ergibt sich, dass bei individuell gestalteten atypischen Verträgen das Vertragstypenrecht nicht angewendet werden soll, weil gerade kein *Durchschnittsfall* gewollt ist⁶.

Ob ein Durchschnittsfall vorliegt, der in den Geltungsbereich des Vertragstypus fällt, bestimmt sich durch Auslegung der *Essentialia* (Legaldefinition), wobei das Ergebnis davon abhängt, ob man die *Legaldefinitionen* als Klassen- oder Typen-

1 Jäggi/Gauch, N 485 zu OR 18; Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 5.

2 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 5–7; Schluep, S. 781.

3 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 7/8; Schluep, S. 783/84; vgl. hinten bei Anm. 19 (S. 10).

4 von Tuhr/Peter, S. 251.

5 Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 267 f.; Schluep, S. 788; vgl. auch hinten S. 43.

6 Schluep, S. 788.

begriffe auffasst⁷. Der streitige Vertrag wird entweder darauf untersucht, ob er die Begriffsmerkmale der Definition erfüllt und deshalb gegebenenfalls subsumiert werden kann, oder dann darauf, ob er so weit individualisiert ist, dass er im Hinblick auf eine Reihe einzelner typischer Merkmale -- die nicht streng qualifizieren sollen⁸, sondern fließende Übergänge zulassen⁹ -- als atypisch und damit vom Vertragstypus nicht erfasst erscheint¹⁰.

Die Auffassung der *Legaldefinitionen als Typenbegriffe* geht von folgender Voraussetzung aus: Der Gesetzgeber hat bei Erlass einer Norm ganz bestimmte tatsächliche, nicht etwa erfundene Rechts- und Lebensverhältnisse -- man kann auch von Leitbild oder Modell sprechen¹¹ -- vor Augen. Für diese Verhältnisse will er ganz spezifische, den tatsächlichen Umständen und der jeweiligen Interessenlage entsprechende und gerechte Rechtsfolgen schaffen¹².

Diese Rechtsfolge wird mit einem generell-abstrakten Begriff verknüpft. Damit die Definitionen klar und umfassend sind, dürfen sie nur wenige Merkmale enthalten, sind damit inhaltlich arm und sinnentleert¹³. Die Legaldefinitionen müssen weit gefasst sein. Zwar wäre bei Beachtung aller Besonderheiten die Einzelfallentscheidung sachlich angemessener, doch würde ein so flexibles Recht einen Verzicht auf Regelbildung verlangen und damit die Rechtssicherheit bedrohen¹⁴.

Diese *weitgefassten Legaldefinitionen* haben nun den Nachteil, dass sie zum Verlust der ursprünglichen Beziehung zwischen Typus und Rechtsfolge führen. Die Norm sprengt damit die ihr innewohnende Begrenzung auf eine typische Interessenlage und wird im Prinzip auch auf atypische Sachverhalte anwendbar¹⁵.

Der Vorteil der Auffassung der *Legaldefinitionen als klassenlogische Begriffe* liegt in der Klarheit und Praktikabilität des Rechts; der Richter wird stark gebunden. Die unvermeidbare Überdehnung des Anwendungsbereichs der Rechtsfolgebestimmungen führt aber zu unsachgerechten Entscheidungen. Deshalb drängt sich die Auffassung der Legaldefinitionen als Typenbegriffe auf. Nur bei typengerechten -- also durchschnittlichen -- Sachverhalten kann die Anwendung des Vertragstypenrechts gerechte Lösungen erbringen. Eine sichere Rechtsanwendung darf nicht höher bewertet werden als die sachliche Angemessenheit der Rechtsfolgen¹⁶.

Der Entscheid, ob man die Legaldefinitionen als Klassen- oder als Typenbegriffe auffassen will, erlangt seine *Bedeutung bei der Vertragsergänzung*. Für die Ergänzung von Nominatverträgen stehen drei Wege offen: die subjektive Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen, die objektive Ergänzung nach der Natur des Ge-

7 Jäggi/Gauch, N 518 zu OR 18; Schluep, S. 789.

8 Larenz, S. 430 und 445.

9 Larenz, S. 450.

10 Jäggi/Gauch, N 511 ff. zu OR 18; Schluep, S. 790; vgl. auch Peyer, S. 24.

11 Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2, N 2 (S. 42).

12 Larenz, S. 431 und 433 f.; vgl. auch Pedrazzini, S. 500 Anm. 9 und S. 502.

13 Larenz, S. 418/19; Peyer, S. 25 Anm. 13.

14 Meier-Hayoz, N 33/34 zu ZGB 4; Peyer, S. 25 Anm. 13.

15 Koller, S. 83.

16 Leenen, zitiert bei Schluep, S. 791/92.

schäfts und die Ergänzung aufgrund des gesetzlichen Vertragstypenrechts¹⁷. Für die Innominatverträge fehlt per definitionem diese dritte Möglichkeit¹⁸.

Da sowohl die subjektive wie die objektive Ergänzung vom tatsächlichen Parteiwillen ausgehen und ihn nach objektiven Gesichtspunkten weiterentwickeln, sind beide Methoden objektiv und subjektiv zugleich; sie beinhalten nichts anderes als die Anwendung des Vertrauensprinzips auch auf die Vertragsergänzung¹⁹. Somit ist nur noch zu entscheiden, wann die Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip und wann nach dem Vertragstypenrecht zu geschehen hat.

Die Lehre spricht sich für die Verwendung beider Methoden aus, grenzt jedoch ihren Anwendungsbereich scheinbar unterschiedlich ab. Der eine Teil der Lehre ergänzt sowohl Nominat- wie Innominatverträge nach dem *Vertrauensprinzip*, solange der konkrete Vertrag noch *subjektive Anknüpfungspunkte* hergibt. Erst wenn solche individuelle Anknüpfungspunkte fehlen, soll bei Nominatverträgen das gesetzliche Vertragstypenrecht zur Anwendung kommen²⁰, während bei Innominatverträgen der Richter eine Lösung finden muss anhand der Normen des allgemeinen Teils, sonst anhand des Gewohnheitsrechts und – wenn auch dieses keine Antwort gibt – in freier richterlicher Rechtsfindung²¹. Der andere Teil der Lehre will immer dann das Vertragstypenrecht anwenden, wenn der zu ergänzende Vertrag vom Typus (nicht nur vom klassenlogischen Begriff) der betreffenden Vertragsart erfasst wird, und eine Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip vornehmen, wenn der konkrete Vertrag atypisch ist²². Dabei ist zu beachten, dass sich auch Innominatverträge zu Vertragstypen verdichten können²³. Materiell stimmt der Anwendungsbereich der beiden Methoden trotz der scheinbar verschiedenen Ansichten überein²⁴: Merz selbst weist darauf hin, dass subjektive Anknüpfungspunkte immer dort fehlen, wo der konkrete Vertrag nur noch als Vertragstypus zu verstehen sei²⁵, und umgekehrt betont Jäggi, dass das Vertragstypenrecht nicht zur Anwendung kommt, sobald der Vertrag individuelle Eigenheiten aufweist²⁶. Als Fazit für die Rechtsanwendung ergibt sich damit folgende Regel: Die Vertragsergänzung hat nach dem Vertrauensprinzip – als Fortdenken des Vertragsinhalts nach Treu und Glauben²⁷ – zu erfolgen, wenn ein Vertrag im Blick auf den gesetzlichen Vertragstypus atypisch ist; hingegen geschieht sie nach Vertragstypenrecht, wenn die Individualisierung des konkreten Vertrags im Rahmen des Typus bleibt²⁸.

17 Schluep, S. 782.

18 Jäggi/Gauch, N 549 zu OR 18; Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 7.

19 Schluep, S. 783.

20 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 7/8; Merz, N 138 zu ZGB 2.

21 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 7/8.

22 Jäggi/Gauch, N 498 ff., 511 ff., vor allem 517 zu OR 18; Schluep, S. 786; Schönenberger/Jäggi, N 52 zu OR 2.

23 Ausführlich Schluep, S. 798 ff.

24 Vgl. etwa Jäggi/Gauch, N 537 zu OR 18.

25 Merz, N 138 zu ZGB 2.

26 Schönenberger/Jäggi, N 52 zu OR 2.

27 Henkel, zitiert bei Schluep, S. 784.

28 Schluep, S. 793.

Probleme bereitet nun aber gerade die Abgrenzung der typischen von den atypischen Sachverhalten. Die Lehre hat das dazu notwendige Verfahren wenig ausgebildet und verspricht sich eine Lösung durch eine Gesamtbetrachtung des Gesetzes, durch ein Herauskristallisieren der Leitidee²⁹. Der von Schluep³⁰ vorgeschlagene praktische Weg geht davon aus, dass normalerweise der klassenlogische Begriff einen weiteren Umfang hat als der Typus und damit den Anwendungsbereich eines Vertragstypus ausdehnt. Deshalb ist in einer *ersten Runde* zu versuchen, den *Tatbestand unter einen Vertragstypus* zu subsumieren. Bei einem Fehlschlag darf im Regelfall angenommen werden, die betreffende Folgeordnung sei für den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Sofern aber die Subsumtion bejaht wird, muss in einer *zweiten Runde* entschieden werden, ob der subsumierte *Fall atypisch* sei³¹. Dabei ist in erster Linie darauf zu achten, ob der Fall schon einmal einem bestimmten Typus zugeordnet bzw. die Zuordnung ausdrücklich abgelehnt worden ist. Sonst muss die Typizität entschieden werden anhand eines Werturteils, das sich auch daran orientiert, ob die in Frage kommende Rechtsfolgeordnung passt oder nicht³².

Bevor nun der Computerwartungsvertrag subsumiert werden kann, müssen die in Frage kommenden gesetzlichen Vertragstypen dargestellt und zugleich deren typische Grundzüge herausgearbeitet werden. Der Computerwartungsvertrag bezweckt die Erbringung einer Arbeitsleistung gegen Entgelt; es muss sich deshalb um einen Arbeitsleistungsvertrag handeln.

29 Vgl. die bei Schluep, S. 806 f. zitierten Autoren.

30 Schluep, S. 808 f.

31 Wohl ebenso Peyer, S. 52.

32 Schluep, S. 809; vgl. auch Jäggi, S. 303 und Pedrazzini, S. 503.

2. Kapitel

Die gesetzlich geregelten Arbeitsleistungsverträge

Das schweizerische Obligationenrecht kennt folgende Arbeitsleistungsverträge: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Gesellschaft, Auftrag und besondere Auftragsarten, nämlich Kreditbrief, Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Kommission, Spedition und Frachtvertrag¹. Im Hinblick auf den Computerwartungsvertrag scheiden der Frachtvertrag und die besonderen Auftragsarten von vornherein aus, so dass noch Gesellschaft, Arbeitsvertrag, Werkvertrag und Auftrag übrigbleiben.

I. Gesellschaft

Vorerst ist zu untersuchen, ob der Computerwartungsvertrag ein gesellschaftsvertragliches Verhältnis zwischen der Wartungsfirma und dem Kunden begründet. Im Bereich der Computerverträge hat nämlich das Zusammenwirken der beiden Vertragsparteien oft einen gesellschaftsähnlichen Charakter².

“Gesellschaft im Sinne des Vertragsrechts ist eine vertraglich begründete und der gemeinsamen Verfolgung eines bestimmten Zweckes dienende Personenvereinigung.”³

Mit dem Abschluss eines Computerwartungsvertrags will der Kunde ein möglichst einwandfreies Funktionieren der Maschinen erreichen. Eine Minimierung der Störungen liegt auch im Interesse der Wartungsfirmen, weil sie dann weniger Reparaturen vornehmen müssen und ihre Geräte zudem einen guten Ruf bekommen. Doch liegt trotz dieser Interessenkoinzidenz noch kein Gesellschaftsvertrag vor; erforderlich wäre eine gemeinsame Zweckförderung⁴. Beim vorliegenden Vertrag kann davon aber keine Rede sein; die einzelnen Leistungen werden nur um der Gegenleistung willen erbracht, nicht jedoch, um einen gemeinsamen Zweck zu fördern. Deshalb wird das Gesellschaftsrecht in den kommenden Ausführungen nicht weiter beachtet.

1 Gautschi, N 3 zu OR 394.

2 Beispiele Forstmoser, EDV 2.8.2.

3 Meier-Hayoz/Forstmoser, § 1, N 1.

4 Meier-Hayoz/Forstmoser, § 1, N 43.

II. *Der Arbeitsvertrag*

Der Arbeitsvertrag beinhaltet "Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers auf bestimmte, mit der zu leistenden Arbeit nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang stehende, oder auf unbestimmte Zeit gegen Lohn"⁵. Wichtig sind zwei Momente: das Zeitmoment und das Unterordnungsverhältnis:

- Im Gegensatz zum Werkvertrag und zum Auftrag führt der Arbeitsvertrag zu einer vom Arbeitsvorgang unabhängigen zeitlichen Bindung; v. Büren⁶ sieht gerade in dieser, durch ein dem eigentlichen Arbeitsversprechen fremdes Mass bestimmten Dauer das entscheidende Kriterium des Arbeitsvertrags.
- Als zweites Element gilt die Abhängigkeit vom Arbeitgeber. Dies ist jedoch ein unsicheres Kriterium, denn je nach Weisungsintensität⁷ und wirtschaftlicher Lage kann auch bei Werkvertrag und Auftrag eine starke Abhängigkeit gegeben sein. Es muss deshalb ein Unterordnungsverhältnis, eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegen, was sowohl dem Werkvertrag wie dem Auftrag fremd ist. In dieser Unterordnung sieht die neuere Lehre das entscheidende Abgrenzungskriterium⁸.

III. *Der Werkvertrag*

Im Unterschied zum Arbeitsvertrag und zum Auftrag ist der Werkvertrag kein Tätigkeitsvertrag, sondern ein Erfolgsvertrag⁹. Hervorgehoben wird also das Arbeitsergebnis¹⁰ – das Werk – und nicht die Tätigkeit des Herstellers.

Grosse Uneinigkeit besteht in der Lehre darüber, was ein Arbeitserfolg im Sinne von OR 363 ff. sein kann, was also ein Werk ist. Ebensowenig herrscht in der Praxis Klarheit über den Werkbegriff; das Bundesgericht hat sich vielmehr sowohl schon zum weiten wie auch zum engen Werkbegriff bekannt.

5 Guhl/Merz/Kummer, S. 380.

6 v. Büren, Auftrag, S. 5 und 7; vgl. auch Vischer, S. 306.

7 Kreis, S. 44; vgl. auch Reber, S. 66; Peyer, S. 34; Vischer, S. 310.

8 Pedrazzini, S. 509; Reber, S. 38 und 66; Rehbinder, Arbeitsrecht, S. 17; Vischer, S. 288, 306 und 309.

9 v. Büren, Auftrag, S. 9; Mustafa, S. 11; Pedrazzini, S. 510.

10 Guhl/Merz/Kummer, S. 379; Kreis, S. 50/58; Reber, S. 69.

A. *Der traditionelle weite Werkbegriff*

In der älteren Literatur setzte sich nach dem Inkrafttreten des geltenden OR ein weiter Werkbegriff¹¹ durch, dem auch das Bundesgericht¹² gefolgt ist. Werk kann demnach jedes körperliche oder unkörperliche Arbeitsresultat sein^{11,12}. Dieser Begriff stützt sich auf die Gesetzesmaterialien ab, die eindeutig auch unkörperliche Arbeitserfolge als Werk bezeichnen¹³. Als charakteristisch wird das Versprechen eines Arbeitserfolgs angesehen, weshalb die Körperlichkeit des Resultats gleichgültig ist. Als Werk gilt damit jeder objektive Leistungserfolg, auch wenn er keine bestimmte, dauernde Gestalt, keinen dauernden Niederschlag auf einer Sache gefunden hat und deshalb nicht wie eine Sache übergeben werden kann¹⁴.

B. *Der neuere enge Werkbegriff*

1. Begründung

Einen viel engeren Werkbegriff vertritt ein Teil der neueren Doktrin. Als Werk ist nur das Resultat von Arbeit an körperlichen Sachen zu verstehen¹⁵.

Begründet wird diese Einengung des Werkbegriffs mit dem Argument, die als kaufvertragsähnliche Gewährleistungspflicht ausgestaltete Erfolgshaftung könne nur auf körperliche Arbeitsprodukte Anwendung finden¹². Diese Erfolgshaftung setze einen objektiven Wertmassstab voraus, den es bei künstlerischer oder wissenschaftlicher Arbeit nicht geben könne¹⁶.

Zudem sollten künstlerische und intellektuelle Leistungen nicht erzwingbar sein; deshalb führe nur das Auftragsrecht mit der jederzeitigen Auflösungsmöglichkeit in OR 404 zu einer sachgerechten Lösung¹⁷.

Und endlich schliesse auch der Gesetzestext von OR 363 geistige Erfolge aus¹⁸, wobei aber die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung¹⁹ gerade betonte, dass auch unkörperliche Erfolge Gegenstand des Werkvertrages sein könnten.

Diesem engen Werkbegriff hat sich neuerdings auch das Bundesgericht angeschlossen²⁰.

11 Becker, N 4 zu OR 363; Oser/Schönenberger, N 2 zu OR 363.

12 z.B. BGE 83 II 528.

13 BBl. 1909, Bd. 3, S. 751 f.

14 Becker, N 4/6 zu OR 363; Oser/Schönenberger, N 3 zu OR 363.

15 Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 1, und N 63 zu OR 394; Guhl/Merz/Kummer, S. 418; Hofstetter, S. 21; Pedrazzini: Differenzierte Betrachtung, S. 503.

16 Guhl/Merz/Kummer, S. 418; vgl. aber Kritik dieses Arguments bei Hofstetter, S. 22.

17 Hofstetter, S. 21; zustimmend in bezug auf künstlerische Leistungen Pedrazzini, S. 504 Anm. 25.

18 Gautschi, SJZ 70 (1974) S. 22.

19 BBl. 1909, Bd. 3, S. 774.

20 BGE 98 II 305 ff.

2. Kritik

Diese Begriffseinengung ist nicht unwidersprochen geblieben²¹. Es wird bestritten, dass bei immateriellen Leistungen die Anwendung der Sachgewährleistungsnormen des Werkvertragsrechts undenkbar sei²². Bei der mangelhaften Erfüllung von Nebenpflichten, welche die Verkörperung betreffen – z.B. das Abbröckeln des bestellten Freskos kurz nach der Ablieferung, die von Druckfehlern wimmelnde Niederschrift einer Übersetzung²³ –, stehe der Anwendung der Gewährleistungsnormen nichts im Wege.

Aber auch bei Verletzung der Hauptpflicht seien die Interessen bei körperlichen und gewissen geistigen Arbeitserfolgen gleich gelagert. Auch ein geistiges Werk könne nach einer gewissen Zeit als vollendet “abgeliefert” werden, sowohl die Verkörperung als auch der geistige Sachverhalt²⁴. Diese für den Werkvertrag charakteristische Ablieferungspflicht treffe z.B. auch den Architekten, der nur durch Ablieferung des fertigen Projekts den Vertrag erfüllt, nicht aber durch sorgfältige, doch erfolglose Bemühungen²⁵. Das Werk sei dann ebenfalls prüfbar, könne rügbare Mängel aufweisen – z.B. Abweichung von vereinbarten Anforderungen – und deshalb zur Verbesserung geeignet sein.

Sachgerechte Lösungen sind für den “Geist-Werkvertrag” – wie Jäggi (S. 302) diese Vertragsart anschaulich bezeichnet – nur möglich, wenn er nicht als Auftrag behandelt wird. Denn das Auftragsrecht sieht in OR 404 ein jederzeitiges Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht ohne Schadenersatz vor. Dies ist, wie noch zu zeigen ist²⁶, angebracht, wenn es sich um unentgeltliche oder höchstpersönliche Arbeitsleistungen handelt.

Wenn nun aber beim Versprechen eines geistigen Arbeitserfolgs die Höchstpersönlichkeit meist fehlt²⁷, so wird der Unternehmer durch die Qualifikation des Vertrags als Auftrag zu Unrecht privilegiert, weil dann der Besteller den Anspruch auf Vollendung verliert²⁸. Umgekehrt ist auch der Besteller eines geistigen Werks ungerechtfertigt bevorzugt durch das Widerrufsrecht: Der Architekt oder der Ingenieur schliesst solche Verträge gewerbsmässig ab und zieht zu deren Erfüllung befugterweise Hilfspersonen bei, und zwar hochqualifizierte Spezialisten, die nur gerade für dieses konkrete Projekt benötigt werden²⁹. Darin unterscheiden sich Architekten und Ingenieure von andern Angehörigen der freien Berufe, z.B. Ärzten

21 Zum Folgenden ausführlich: Jäggi, S. 301 ff.

22 Gauch, S. 23, N 17; Jäggi, S. 304.

23 Beispiele bei Guhl/Merz/Kummer, S. 418 und Jäggi, S. 303.

24 a.M. Mosimann, S. 82: Es komme nicht auf die Ablieferung eines Papiers an, sondern auf das, was darauf steht.

25 Jäggi, S. 302.

26 Hinten S. 21.

27 Jäggi, S. 304.

28 Jäggi, S. 305; ähnlich Friedrich, S. 480; a.M. Gautschi, N 14c zu OR 404, obwohl er immer die Prävalenz auf Auftraggeberinteressen betont, z.B. in N 3d zu OR 404.

29 Vgl. Schaub, S. 91.

und Anwälten. Sie sind deshalb in ihrem Vertrauen auf den Erlös einer erfolgreichen Vertragserfüllung zu schützen³⁰. Es vermag nicht zu überzeugen, dass ein Unternehmer, der einen immateriellen Arbeitserfolg versprochen und dafür einzustehen hat, schlechtergestellt sein soll als einer, der einen körperlichen Arbeitserfolg versprochen hat³¹.

Schwierig dürfte zudem die genaue Unterscheidung von körperlicher und geistiger Arbeitsleistung sein, weil jedes Werk eine mehr oder weniger grosse geistige Leistung beinhaltet, und die Übergänge deshalb fließend sind³². Wenig hilfreich dabei ist die Feststellung, das Vorliegen einer intellektuellen Leistung sei zweitrangig im Vergleich mit der Lieferung eines Gegenstands, der ein Werk im Sinne von OR 363 darstelle³³.

C. *Entwicklung eines sachgerechten Werkbegriffs*

Während die Beschränkung des Werkbegriffs auf körperliche Arbeitserfolge nicht zu überzeugen vermag, hat auch der alte, weite Werkbegriff, der jedes Versprechen eines körperlichen Erfolgs dem Werkvertrag unterstellt, zu Unbehagen geführt. Denn nicht jeder Erfolg menschlicher Tätigkeit muss ein Werk sein; auch beim Auftrag kann ein Erfolg versprochen werden³⁴.

Der Fehler liegt in der zu *weiten Fassung des Begriffs "Erfolg"*. Die dem weiten Werkbegriff zugrundeliegende Erfolgsdefinition löst die Grenzen zwischen Auftrag und Werkvertrag auf. Diesen weiten Erfolgsbegriff vor Augen, weist v. Büren³⁵ mit Recht darauf hin, dass Erfolg letzten Endes nichts anderes ist als eine Umschreibung für das Ergebnis einer guten Arbeit. Auch der Beauftragte verspricht aber seinem Auftraggeber eine sachdienliche, sorgfältige Tätigkeit. Damit sind die im Auftrag und im Werkvertrag geschuldeten Leistungen identisch.

Eine *Neufassung des Werkbegriffs* hat von der klassischen Unterscheidung auszugehen, dass der Werkvertrag ein Erfolgsvertrag und der Auftrag ein Tätigkeitsvertrag ist³⁶. Der Erfolg kann – wie dargelegt – nicht in der blossen sorgfältigen Durchführung einer Tätigkeit bestehen, sondern muss etwas mehr sein. Deshalb soll von "Erfolg" nur gesprochen werden, wenn das Arbeitsergebnis die Arbeitsleistung überdauert und insofern einen selbständigen, von der Arbeitsleistung unterscheidbaren Wert darstellt³⁷. So kann z.B. beim Veranstaltungsvertrag der Auf-

30 Jäggi, S. 305.

31 So schützt z.B. das italienische Recht die Verdienstinteressen des Beauftragten gleich wie die des Unternehmers (vgl. Gautschi, N 3d und 17a zu OR 404).

32 Gauch, Werkvertrag, S. 24, N 18; auch Hofstetter, S. 21 und Jäggi, S. 303.

33 So ein Entscheid des Waadtländer Kantonsgerichts, publiziert in SJZ 75 (1979) S. 132.

34 Hofstetter, S. 23; Mustafa, S. 89.

35 v. Büren, OR II, S. 124.

36 v. Büren, Auftrag, S. 9; Mustafa, S. 11; Pedrazzini, S. 510.

37 Jäggi, S. 302; ähnlich v. Büren, Auftrag, S. 22.

tretende dem Veranstalter unter Übernahme einer werkvertragsähnlichen Erfolgs- haftung die Ausführung einer genau umschriebenen Nummer garantieren und erhält seinen Lohn nur, wenn die Veranstaltung wirklich stattfindet; doch fehlt ein Erfolg, der die Tätigkeit überdauert³⁸.

Ferner muss dieser *Erfolg* der Natur der Tätigkeit nach *garantierbar* sein³⁹ und nicht von arbeitsfremden Umständen abhängen, die vom Unternehmer nicht zu beeinflussen sind⁴⁰. Sonst liegt ein sogenannter Vertrag zu Lasten eines Dritten (OR 111) vor, oder die Erfolgsgarantie ist nichtig, weil sie von irrationalen Imponderabilien abhängt⁴¹.

Der garantierbare "Erfolg" einer Sportveranstaltung⁴² oder einer Vorstellung (Musik, Theater usw.)⁴³ besteht ganz einfach in ihrer sorgfältigen und tadellosen Durchführung⁴⁴. Zwar kann der Veranstalter dem Publikum die Aufführung eines bestimmten Programms versprechen, doch dass das Dargebotene schliesslich dem Zuschauer gefällt – und das ist doch der Zweck seines Besuchs und damit der anzustrebende Erfolg –, das kann der Veranstalter nicht garantieren. In der genau gleichen Lage befindet sich auch der Beauftragte: Der Arzt verspricht die Vornahme einer Operation *lege artis*, der Anwalt eine sorgfältige Prozessführung, doch der Erfolg ihrer Tätigkeit hängt daneben auch von Umständen ab, die sie nicht beeinflussen können. Die gleichen Überlegungen lassen sich auch beim ebenfalls schon als Werkvertrag qualifizierten Personenbeförderungsvertrag⁴⁵ machen: Der "Erfolg" besteht in der sorgfältigen Durchführung, mehr kann nicht versprochen werden.

Oft wird auch verlangt, das Ergebnis müsse eine dauernde Gestalt in einer Sache, eine "gewisse Körperlichkeit materieller oder immaterieller Art"⁴⁶, oder anders ausgedrückt, "eine gewisse abgerundete Greifbarkeit"⁴⁷ aufweisen. Dies sei von den Regeln des Werkvertrags vorausgesetzt. v. Büren⁴⁸ sieht darin sogar das einzige massgebende Kriterium, da er den Begriff "Erfolg" nicht verwenden will. Meines Erachtens genügt es aber, wenn das *Arbeitsergebn über die Arbeitsleistung hinausgeht*, deshalb einen *selbständigen Wert* hat und *abgeliefert werden kann*. Ob der Unternehmer im "Geist-Werkvertrag" seine Resultate mündlich "abliefern" und der

38 Vgl. Gessler, S. 62: wenn man den Unterhaltungserfolg als Vertragsinhalt des Veranstaltungsvertrags ansieht (was Gessler ablehnt), kann nicht einmal von einem garantierbaren Erfolg (und damit von einem Erfolgsversprechen) die Rede sein.

39 Gauch, Werkvertrag, S. 24, N 20; Pedrazzini, S. 503.

40 Kreis, S. 60; Reber, S. 100.

41 Gautschi, N 77b zu OR 395.

42 In BGE 79 II 69, ZR 56 Nr. 101, SJZ 48 (1952) S. 365 als Werk qualifiziert.

43 In BGE 80 II 34 und 70 II 218 dem Grundsatz nach als Werk qualifiziert.

44 Typisch ist auch das zweite Beispiel für eine Erfolgsgarantie im Auftrag, das Gautschi am Ende von N 77b zu OR 395 aufführt, während es sich beim ersten um einen Werkvertrag handelt; vgl. auch Mosimann, S. 67.

45 ZR 51 Nr. 78; Kritik bei v. Büren, OR II, S. 141 und Mustafa, S. 88 ff. und Friedrich, S. 454.

46 v. Büren, OR II, S. 124; ihm folgend Gauch, S. 24, N 20.

47 v. Büren, OR II, S. 144.

48 v. Büren, OR II, S. 123 ff.

Besteller sie dann selbst auf geeignete Weise aufzeichnet, oder ob der Unternehmer sie festhält, kann meiner Meinung nach keinen Unterschied ausmachen.

Damit liegt immer dann ein Werkvertrag vor, wenn gegen Entgelt das Erreichen eines selbständigen, über die eigentliche Arbeitsleistung hinausgehenden, garantierbaren Erfolgs versprochen wird.

Da der Erfolg nicht in einem körperlichen Arbeitsergebnis bestehen muss⁴⁹, kann es auch einen "Geist-Werkvertrag" geben. Es kann aber keinen Werkvertrag ohne Gewährleistung geben, da in diesem Fall das entscheidende Merkmal – die Erfolgsgarantie – wegbedungen ist⁵⁰. Solch eine Vereinbarung kann nur ein Auftrag oder ein Vertrag *sui generis* sein. Umgekehrt kann es keine Erfolgsgarantie bei einem Auftrag geben⁵¹. Die unentgeltliche Erstellung eines Werks kann zwar nicht Gegenstand eines Werkvertrages sein, weil dieser notwendigerweise entgeltlich ist⁵², aber sie ist auch nicht als Auftrag zu qualifizieren⁵³, sondern als Innominatvertrag, weil dann die passenden Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts analog beigezogen werden können.

IV. Auftrag

A. Abgrenzung des Auftrags gegen Arbeits- und Werkvertrag durch die Leistung des Beauftragten

Im Gegensatz zum Werkvertrag und gleich wie der Arbeitsvertrag ist der Auftrag ein *Tätigkeitsvertrag*⁵⁴. Pointiert ausgedrückt besteht der Unterschied zum Werkvertrag darin, dass ein Wirken, aber kein Werk geschuldet ist⁵⁵.

Gleich wie beim Werkvertrag und anders als beim Arbeitsvertrag handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis von selbst bestimmter Dauer, d.h. die Dauer der Arbeitsleistung bestimmt sich nach der zu leistenden Arbeit und ist nicht im voraus fixiert (fremdbestimmt)⁵⁶.

Das Gesetz hat den Anwendungsbereich des Auftragsrechts in OR 394 II *negativ umschrieben*: Ein Auftrag kann nicht vorliegen, wenn das Vertragsverhältnis einer andern gesetzlich geregelten Vertragsart angehört; zu denken ist vor allem an den

49 a.M. BGE 98 II 305 ff.; Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 1, und N 63a zu OR 394; Guhl/Merz/Kummer, S. 418; Hofstetter, S. 21.

50 a.M. Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 1.

51 a.M. Gautschi, N 77 zu OR 395; Hofstetter, S. 23; Mustafa, S. 89; auch Mosimann, S. 67, da sie alle von einem, wie dargelegt, zu weiten Erfolgsbegriff ausgehen.

52 Wortlaut von OR 363.

53 a.M. Hofstetter, S. 20; vgl. aber auch S. 9 Anm. 4!

54 v. Büren, Auftrag, S. 9; Mustafa, S. 11; Vischer, S. 309.

55 Gierke, zitiert bei Mustafa, S. 14.

56 v. Büren, Auftrag, S. 5.

Arbeitsvertrag, den Werkvertrag und die besonderen Auftragsarten. Im übrigen ist die Tragweite von OR 394 II umstritten⁵⁷.

Schwierig ist eine *positive Bestimmung* des Anwendungsbereichs des Auftragsrechts. Charakteristisch ist sicher nicht die Leistung des Auftraggebers – das Entgelt –, sondern jene des Beauftragten. Da der Auftrag zu den Arbeitsleistungsverträgen gehört, muss es sich um die Erbringung einer Arbeitsleistung irgendwelcher Art handeln⁵⁸.

Während im Werkvertrag die zu leistende Arbeit durch die Konkretisierung des zu befriedigenden subjektiven Bedürfnisses als Werk endgültig und ohne Rücksicht auf zukünftige Umstände eindeutig bestimmt ist, können die im Auftrag zu wahrenden *Interessen nur der Richtung nach bestimmt* werden. Offen bleibt, wie und in welchem Umfang ein Interesse zu befriedigen ist. Qualität und Quantität der Leistung bestimmen sich durch den anvisierten (aber nicht geschuldeten!) Erfolg, durch ändernde äussere Umstände (jeweiliger Gesundheitszustand, jeweiliges Verhalten der Gegenpartei usw.), durch den Willen des weisunggebenden Mandanten und den Willen des seine Ermessens- und Entscheidungsfreiheit ausübenden Mandatars. Diese inhaltliche Unbestimmtheit der Leistungspflicht des Beauftragten ist charakteristisch für den Auftrag⁵⁹ und bewirkt für den Beauftragten die Pflicht, das unter den konkreten Umständen Mögliche zu tun gemäss dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen des Auftraggebers⁶⁰. Aus diesem Grund ist z.B. der Veranstaltungsvertrag kein Auftrag: Der Auftretende verspricht dem Veranstalter, eine bestimmte Nummer darzubieten, und schuldet deshalb genau dieses Ergebnis und nicht bloss ein diesbezügliches Bemühen⁶¹.

Diese Lage gibt dem Auftragsrecht seine Dynamik, Flexibilität und Anpassungsfähigkeit. Die Kehrseite besteht in der *Unbestimmtheit der Rechte und Pflichten*, der *Labilität und Zerbrechlichkeit* dieses Rechtsverhältnisses⁶².

Wenn man versucht, die gemeinhin unter den Auftrag subsumierten Arbeitsleistungen zu gruppieren, lassen sich drei Gruppen unterscheiden:

- Die Hauptgruppe bilden die *Geschäftsbesorgungen*. Geschuldet ist dabei ein Tätigwerden in eigenem oder fremdem Namen im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers, ausgerichtet auf ein bestimmtes Ziel hin⁶³.
- Eine zweite Gruppe bilden die *unentgeltlichen Arbeitsleistungsverträge*. Auf sie ist das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht von OR 404 zurückzuführen, da es aus dem römischen Mandatsrecht stammt und damals das Mandat notwendig unentgeltlich war⁶⁴. Damit soll aber nicht gesagt werden, dass die Nor-

57 Vgl. hinten S. 31.

58 Oftinger, Trödelvertrag, S. 31.

59 Hofstetter, S. 35.

60 Ausführlich Peyer, S. 53/54 und 73.

61 Gessler, S. 67 f.

62 Peyer, S. 74.

63 Oser/Schönenberger, N 5–9 zu OR 394.

64 Gautschi, N 17a zu OR 404; v. Büren, OR II, S. 140; Friedrich, S. 451.

men des Auftragsrechts unbedingt der Interessenlage bei dieser Gruppe gerecht werden⁶⁵.

- Am meisten Probleme stellt die Umschreibung der dritten Gruppe, der *Dienstleistungen*. Geschuldet ist auch hier ein erfolgsbestimmtes Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers⁶⁶. Es ist unbestritten, dass auch Dienstleistungen rein tatsächlicher Natur unter das Auftragsrecht fallen können; es handelt sich dabei um die sogenannten Tathandlungsaufträge⁶⁷. Fraglich ist nur, wieweit der Auftrag als subsidiärer allgemeiner Arbeitsvertrag (i.w.S.: gemeint ist Arbeitsleistungsvertrag)⁶⁸ dienen kann. Sicher kann das Auftragsrecht auch als Arbeitsvertragsinstrument der selbständigen freien Dienste angewandt werden⁶⁹. Das jederzeitige freie Auflösungsrecht der Auftragsregelung wird als besonders geeignet angesehen, die Würde dieser freien Berufe zu wahren⁷⁰. Unter diese Kategorie fallen: Anwalt, Notar, Experten, Banken, Treuhänder, Revisoren, Medizinalpersonen usw. Zu beachten ist aber immer, dass das Werkvertragsrecht dem Auftragsrecht vorgeht und deshalb beispielsweise Projektierungsarbeiten durch Architekten⁷¹ nicht dem Auftragsrecht unterstehen, da ein Werk vorliegt.

Schwieriger ist die Aufzählung weiterer Arbeitsleistungen, die unter das Auftragsrecht fallen. Die Tätigkeiten der Urproduktion und des Handwerks unterstehen praktisch nie dem Auftragsrecht, weil die Verarbeitung und Bearbeitung eines Stoffes ein derart offenes und greifbares Resultat hervorbringt, dass die Parteien völlig vom Bild des zu bewirkenden Erfolgs beherrscht sind⁷². Dazu kommt, dass Industrie und Handwerk ihrer Technik im allgemeinen so sicher sind, dass bei richtiger Anwendung ein Misslingen ausgeschlossen scheint. Deshalb steht bei Tätigkeiten faktischer Natur der Werkvertrag im Vordergrund; nur wenige – vor allem die *freien Dienste* – fallen unter das Auftragsrecht, und umgekehrt ist für das rechtsgeschäftliche Handeln der Auftrag der geeignete Vertragstypus⁷³.

Somit lässt sich folgendes Zwischenresultat feststellen: In den Anwendungsbereich des Auftragsrechts fallen drei Gruppen von Arbeitsleistungen, nämlich Geschäftsbesorgungen, unentgeltliche Arbeitsleistungen und gewisse Dienstleistungen.

Der Auftrag ist bisher erst gegen andere gesetzliche Arbeitsleistungsverträge abgegrenzt worden, nicht aber gegen die ebenfalls möglichen⁷⁴ *Innominatverträge*.

65 Vgl. Hofstetter, S. 9.

66 Peyer, S. 30 ff.

67 Becker, N 7 zu OR 394; Gautschi, N 2 zu OR 394; Oser/Schönenberger, N 14 zu OR 363.

68 v. Büren, OR II, S. 126; Kreis, S. 61.

69 Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 10, und N 28a zu OR 394.

70 Gautschi, N 28c zu OR 394.

71 a.M. Gautschi, N 5, Vorbem. zu OR 363–379; Mosimann, S. 73 und 82; Pedrazzini, S. 507.

72 Das Problem stellt sich nicht für die Anhänger des auf körperliche Arbeitsergebnisse eingegrenzten Werkbegriffs. Für sie ist nur das Vorliegen eines materiellen Arbeitsergebnisses entscheidend; ein Erfolg im vorne definierten Sinn (S. 17), der zu gewährleisten ist, wird nicht gefordert; z.B. Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 1: Veloreparatur ohne Gewährleistung und damit ohne Erfolgsgarantie, also reines Tätigwerden; a.M. Hofstetter, S. 20.

73 Ausführlich: v. Büren, Auftrag, S. 22 und 28; gl.M. Reber, S. 60; Peyer, S. 33.

74 Hinten S. 31 ff.

Für die Abgrenzung gegenüber andern gesetzlichen Arbeitsleistungsverträgen wurden folgende typische Züge des Auftragsrechts verwendet: die selbständige Stellung des Beauftragten, die fehlende Erfolgsgarantie und die inhaltliche Unbestimmtheit des Leistungsversprechens des Beauftragten⁷⁵. Durch Herausarbeiten weiterer typischer Merkmale des Auftrags soll eine sachgerechte Aufteilung des Anwendungsgebiets von Auftrag und Innominatverträgen ermöglicht werden.

B. Der Auftrag als Vertrauensverhältnis

Charakteristisch für den Auftrag ist das Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien. Zwar ist bei jedem Vertrag ein Vertrauen auf eine durchschnittliche Loyalität und Korrektheit des Partners vorhanden, doch beim Auftrag ist es intensiver. Dies ist ganz natürlich, wenn der Beauftragte Interessen höchstpersönlicher Art zu wahren hat, wenn er einen wissenschaftlichen Beruf ausübt und deshalb von ihm nur ein auf diesem Gebiet selbstverständliches Durchschnittswissen verlangt werden kann, wenn objektive Massstäbe zur Bewertung seiner Arbeit fehlen und er deshalb einen weiten Ermessensspielraum hat⁷⁶.

Dieses natürliche Vertrauen bewirkt an sich nur eine sittliche Verpflichtung des Vertragspartners, doch kann es beim Auftrag infolge äusserer Umstände zu berechtigtem und deshalb rechtlich geschütztem Vertrauen kommen. Solche Umstände liegen etwa darin, dass der Auftrag besondere Fähigkeiten, besonderes Einfühlungsvermögen oder eine ausserordentlich starke Unterordnung der Eigeninteressen des Beauftragten erfordert. Besonders vertrauenerweckende Umstände können auch im enormen Ansehen eines Berufsstandes, in der vereinbarten Unübertragbarkeit der Positionen der Parteien, im Zwang zur engen Zusammenarbeit oder ganz generell im Verhalten der Parteien vor, während und nach Vertragsschluss liegen⁷⁷. Ob ein berechtigtes ausserordentliches Vertrauen vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

C. Das jederzeitige Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht

Dieses besondere Vertrauen in einen bestimmten Vertragspartner ist für den Auftraggeber das entscheidende Motiv, den Auftrag gerade dieser und nur dieser Person zu geben. Es ist deshalb nicht mehr als eine logische Konsequenz, dass der Beauftragte zu persönlicher Erfüllung und Geheimhaltung verpflichtet ist und dass der Auftraggeber den Auftrag sofort ohne Begründung widerrufen können muss, sobald sein

⁷⁵ Vgl. auch Hofstetter, S. 32 ff.

⁷⁶ Ausführlich Peyer, S. 63 ff.; ähnlich Hofstetter, S. 53.

⁷⁷ Peyer, S. 63/64.

Vertrauen erschüttert ist. Deshalb hat ihm der Gesetzgeber in OR 404 ein jederzeitiges Widerrufsrecht eingeräumt⁷⁸.

Infolge der inhaltlichen Unbestimmtheit der Leistung des Beauftragten steht dem Auftraggeber ein unabdingbares *Weisungsrecht* zu, womit der Beauftragte gezwungen werden könnte, einen Auftrag wider besseres Wissen und Gewissen zu Ende zu führen. Deshalb räumt ihm der Gesetzgeber in OR 404 ein jederzeitiges Kündigungsrecht ein⁷⁹. Die Folge dieser Regelung ist, dass das Verdienstinteresse des Beauftragten und der Ausführungsanspruch des Auftraggebers nicht geschützt sind, es sei denn, die Vertragsauflösung geschehe zur Unzeit (OR 404 II).

Diese Vorschrift ist nach herrschender Lehre und Praxis⁸⁰ zwingender Natur. Das heisst, dass auf das Auflösungsrecht nicht im voraus verzichtet werden kann, dass eventuell vereinbarte Kündigungsfristen bedeutungslos sind und dass die Vereinbarung einer Konventionalstrafe oder eines Reuegeldes ungültig ist⁸¹.

Für die *zwingende Natur des Widerrufsrechts* spricht einmal die systematische Auslegung, weil keine Beendigung aus wichtigen Gründen vorgesehen ist⁸², dann aber auch der Wille des historischen Gesetzgebers. Die Unterscheidung zwischen Widerruf und Kündigung hat nichts zu tun mit der Rechtsnatur, sondern mit der Person, welche das Auflösungsrecht ausübt⁸³. Eine teleologische Auslegung zeigt folgende Interessenlage⁸⁴: Inhalt und Zweck des Auftrags treffen den Mandanten typischerweise in höchstpersönlichen Gütern; der angestrebte Erfolg hängt massgebend von Treue und Sorgfalt des Beauftragten ab; die Arbeitsleistung betrifft zutiefst die geistige und sittliche Individualität des Beauftragten; die Verpflichtung birgt beidseitig die Gefahr einer zu weit gehenden Bindung. OR 404 erscheint deshalb als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts. Um aber Streitigkeiten vorwegzunehmen, hat der Gesetzgeber, statt auf ZGB 27 zu verweisen, im Dienst der Rechtssicherheit die Lage in OR 404 positivrechtlich geklärt⁸⁵.

Genau bei dieser Begründung setzt nun die Kritik an OR 404 ein. Auch die Kritiker bezweifeln nicht, dass das *Persönlichkeitsrecht* eine jederzeitige Auflösung des Auftragsverhältnisses rechtfertigt⁸⁶, wobei allerdings v. Büren auch hier — zu Unrecht — nur dem Auftraggeber eine unмотivierte Auflösung zugestehen will⁸⁷. Problemlos ist auch die Lage beim unentgeltlichen Mandat, wo die willkürliche Auflösung nicht als stossend erscheint⁸⁸.

78 So die h.L.: Gautschi, N 10 zu OR 404; Hofstetter, S. 33; Oftinger, Trödelvertrag, S. 32; Oser/Schönenberger, N 1 zu OR 404; Pedrazzini, S. 504.

79 Gautschi, N 5a zu OR 397 und N 15a zu OR 404; Hofstetter, S. 21.

80 BGE 104 II 108, 95 I 25, 94 II 172; Gautschi, N 10 und 15 zu OR 404; Guhl/Merz/Kummer, S. 437; Hofstetter, S. 52; Oser/Schönenberger, N 2 zu OR 404; Pedrazzini, S. 503.

81 Gautschi, N 10e zu OR 404; Friedrich, S. 475 f.; Peyer, S. 135.

82 Ausführlich Peyer, S. 134.

83 Friedrich, S. 475; Peyer, S. 138.

84 Peyer, S. 160/61.

85 Friedrich, S. 478; Peyer, S. 160 f.

86 Jäggi, S. 304; ihm folgend Gauch, Werkvertrag, S. 24, N 18; auch Hofstetter, S. 9.

87 v. Büren, OR II, S. 142; zutreffend Hofstetter, S. 21 f.

88 v. Büren, OR II, S. 140; Jäggi, S. 304.

Fraglich dagegen wird OR 404, wo es *nicht* um *höchstpersönliche Güter* geht und damit das besondere Vertrauensverhältnis fehlt. Auch ist zu beachten, dass sich im heutigen Wirtschaftsleben das Vertrauen meist nicht mehr auf eine bestimmte Person richtet, sondern auf eine bestimmte Bank oder Treuhandgesellschaft usw.⁸⁹. Dieses allgemeine Vertrauen auf bestimmte Fachkenntnis ist aber praktisch gleich wie jenes im Werk- oder Arbeitsvertrag⁹⁰.

Ferner ist es im Wirtschaftsleben unlogisch, wenn das Vertrauen bei Vorliegen eines Auftrags geschützt wird, nicht aber, wenn mit dem gleich grossen Vertrauen ein Gesellschaftsverhältnis eingegangen wird⁹¹.

Interessant ist auch der Hinweis von Schaub⁹², dass im *wirtschaftlichen Bereich* gerade bei Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses – z.B. bei komplexen risikoreichen Planungsarbeiten – die Vertragsauflösung erschwert wird. Bei Vertrauensverhältnissen wirtschaftlicher – nicht persönlicher – Natur ist deshalb die Angemessenheit eines jederzeitigen Auflösungsrechts von Fall zu Fall zu überprüfen. Diesem Argument hat sich das Bundesgericht in einem neuesten Entscheid⁹³ im Ergebnis gebeugt, indem es die Vereinbarung eines pauschalen Schadenersatzes bei Vertragsauflösung durch den Bauherrn ohne Verschulden des Architekten geschützt hat.

Weiter scheint es unhaltbar, für *einen* Arbeitsleistungsvertrag – den Auftrag – an einem zwingenden jederzeitigen Auflösungsrecht festzuhalten, während man bei einem *anderen* – dem Arbeitsvertrag – den Kündigungsschutz immer weiter ausbaut⁹⁴.

Wenig hilfreich ist OR 404 II, der die *Auflösung zur Unzeit* verbietet. Der Schadensumfang ist schwierig zu bemessen, es sei denn, man führe durch die Hintertür wieder den vollen Schadenersatz wegen Vertragsbruchs ein, was jedoch Abs. 1 widerspricht. Das Problem liegt darin, dass Art. 404 II neben 402 II (Ersatz des vom Auftraggeber verschuldeten Schadens) eigentlich keine Bedeutung hat und deshalb ins Leere zielt⁹⁵. Jeder sachlich noch vertretbare Grund führt zur Aufhebung der Schadenersatzpflicht und nur besondere Nachteile geben ein Anrecht auf Schadenersatz⁹⁶. Etwas strenger ist Gautschi⁹⁷ bei der Kündigung durch den Beauftragten: Hier müssten bei den freien Berufen die Gründe von gleicher Schwere sein wie jene, die eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gestatteten. All-

89 Friedrich, S. 459; a.M. Hofstetter, S. 54, zu beachten aber auch S. 9 und 53.

90 Reber, S. 68.

91 Friedrich, S. 477; vgl. dazu OR 545 und 546.

92 Schaub, S. 85 und 113.

93 Wiedergegeben in Sem.jud. 1978, S. 392.

94 Reber, S. 68.

95 Ausführlich Hofstetter, S. 50/51; auch Reber, S. 68.

96 Gautschi, N 17 zu OR 404.

97 Gautschi, N 18a zu OR 404; damit rückt er von der Lehre ab, OR 404 sei immer zwingender Natur; gl.M. Friedrich, S. 481.

gemein wird aber eine ausdehnende Interpretation des Begriffs "Unzeit" abgelehnt⁹⁸.

Festzuhalten bleibt, dass die wohl herrschende Lehre⁹⁹ das jederzeitige Aufhebungsrecht in allen Auftragsverhältnissen für zwingend hält.

V. Die Einordnung eines konkreten Arbeitsleistungsvertrags

Wer einen Arbeitsleistungsvertrag einzuordnen hat, der weder unter den Frachtvertrag, den Arbeitsvertrag noch unter die besonderen Auftragsverhältnisse fällt, sieht sich mit drei Problemen konfrontiert: dem umstrittenen Werkbegriff, der angeblich zwingenden Natur von OR 404 und der angeblichen Anordnung eines Numerus clausus¹⁰⁰ für die Arbeitsleistungsverträge durch OR 394 II.

OR 394 II grenzt den Auftrag negativ ab, indem alle Arbeitsleistungsverträge, die unter keinen andern gesetzlichen Vertrag fallen, dem Auftragsrecht unterstellt werden. Die zwingende Natur des jederzeitigen Widerrufs- bzw. Kündigungsrechts im Auftrag macht diese Vertragsart unattraktiv und ist der Hauptgrund¹⁰¹ für die vielzitierte "Flucht aus dem Auftrag"¹⁰². Diese Tendenz hat zur vorne dargelegten Überdehnung des Anwendungsbereichs des Werkvertragsrechts mittels des weiten Werkbegriffs geführt.

Jeder engere – auch der hier entwickelte – Werkbegriff hat zur Folge, dass wegen der Art. 394 II und 404 des Auftragsrechts neue Probleme entstehen. Von den Realitäten her ist klar, dass die Parteien eines Arbeitsleistungsvertrages meist nicht ein labiles, jederzeit unmotiviert auflösbares Vertragsverhältnis wollen, sondern eher eine Kündigungsregelung wie im Werk- oder Arbeitsvertrag anstreben.

Die erste Lösung für diesen Konflikt besteht darin, dass das jederzeitige Aufhebungsrecht eingeschränkt wird. Wenn die dem Art. 404 OR zugrundeliegende typische Interessenlage fehlt, ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages besteht und ein der Interessenlage nach bedeutsames, der Verallgemeinerung zugängliches Vertragsverhältnis vorliegt, dann soll OR 404 nicht gelten. Der umstrittene Artikel wird damit für alle atypischen Fälle zur dispositiven Norm¹⁰³. Der Vorteil dieser Lösung wird darin gesehen, dass das Auftragsrecht als Sammelbecken arbeitsvertraglicher Normen dann für atypische Sachverhalte an-

98 Guhl/Merz/Kummer, S. 436/37: Ausnahmen bei atypischen auftragsähnlichen Verhältnissen denkbar. Doch stellt sich hier das Problem nicht, da auch Merz die Zulässigkeit von Innominatverträgen trotz OR 394 bejaht.

99 Vgl. die in Anm. 78 zitierten Autoren.

100 Dazu ausführlich hinten S. 31.

101 Friedrich, S. 453; Mustafa, S. 79; Reber, S. 74; Schaffitz, S. 51.

102 Hofstetter, S. 10 und 48; Peyer, S. 166.

103 Vor allem Peyer, S. 163–169; auch Friedrich, S. 475 ff.; vgl. auch Hofstetter, S. 26.

wendbar bleibe, wofür es – abgesehen von OR 404 und vielleicht noch OR 401 – gut passe¹⁰⁴.

Der zweite Weg öffnet sich durch Auslegung von OR 394 II: Diese ergibt, wie hinten¹⁰⁵ ausführlich dargelegt wird, dass der Gesetzgeber für das Gebiet der Arbeitsleistungsverträge keinen Numerus clausus vorgesehen hat¹⁰⁶, sondern mit dieser Bestimmung nur den Auftrag von den andern gesetzlichen Arbeitsleistungsverträgen abgrenzen und damit nicht Innominatverträge für diesen Bereich ausschliessen wollte¹⁰⁷.

Die beste Lösung liegt m.E. erstens darin, mittels des vorne¹⁰⁸ entwickelten Werkbegriffs dem Werkvertragsrecht einen angemessenen Anwendungsbereich zuzuweisen. Wenn sich für Haftungsfragen sachgerechte Lösungen auch im Auftragsrecht finden lassen¹⁰⁹ (wenigstens einigermaßen sachgerechte Lösungen), so ist doch nicht einzusehen, warum nicht die besser passenden Gewährleistungsregeln auch auf "Geist-Werkverträge" angewendet werden sollen¹¹⁰. Zweitens ist das Auftragsrecht auf die dargelegten typischen Fälle zu beschränken, wo ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und infolge des Persönlichkeitsrechts das zwingende jederzeitige Auflösungsrecht angemessen ist. Wenn nämlich dem Art. 404 OR einfach die zwingende Natur – wohl zu Unrecht – aberkannt wird, sind die Probleme bei atypischen Fällen noch nicht behoben. Es bleibt die nicht für alle Fälle unbedingt sachgerechte Privilegierung durch Art. 401 für den Übergang erworbener Rechte und beweglicher Sachen mittels Angleichung der indirekten an die direkte Stellvertretung¹¹¹ und die für werkvertragsähnliche atypische Verträge gegenüber OR 101 unangemessene Privilegierung bei der Haftung für den befugt beigezogenen Substituten¹¹². Ebenso wenig lässt sich damit das Problem lösen, dass die Auftragsregelung der Interessenlage bei unentgeltlichen – und deshalb unter den Auftrag subsumierten – Arbeits- und Werkverträgen nicht gerecht wird¹¹². Drittens sind deshalb alle atypischen Vertragsverhältnisse über Arbeitsleistungen als Innominatverträge zu behandeln, wobei dann passende Regeln des Werkvertrags oder des Auftrags angewandt werden können.

104 Peyer, S. 167.

105 S. 31 ff.

106 a.M. Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 7, N 56 und 62a zu OR 394, N 57 und 67 zu OR 395; Friedrich, S. 451 ff.; Peyer, S. 50/51 und 82.

107 Gessler, S. 27 ff.; Guhl/Merz/Kummer, S. 419; Hofstetter, S. 24 f.; Jäggi, S. 303; Pedrazzini, S. 505; Schlupe, S. 813 Anm. 170; Vischer, S. 313. Im Prinzip auch: Becker, N 8 zu OR 394; v. Büren, S. 125; Oser/Schönenberger, N 20 zu OR 394.

108 Vorne S. 16 ff.

109 Guhl/Merz/Kummer, S. 419.

110 Schaub, S. 95.

111 Friedrich, S. 463.

112 Hofstetter, S. 9.

3. Kapitel

Die Einordnung des Computerwartungsvertrags

Im Computerwartungsvertrag verpflichtet sich die eine Partei, eine Computeranlage durch geeignete Massnahmen instand zu halten (vorbeugende Wartung) und bei einem Ausfall wieder instand zu setzen. Sie lehnt es aber meist ausdrücklich ab, für eine gewisse oder eine dauernde Betriebsbereitschaft zu garantieren. Die andere Partei erbringt nur eine Geldleistung¹.

I. Der Computerwartungsvertrag ist kein Arbeitsvertrag

Beim Computerwartungsvertrag wird die Leistung der Wartungsfirma vom Zweck der zu leistenden Arbeit getragen und zeitlich bestimmt² und weiter tritt die Firma auch keinesfalls in ein Unterordnungsverhältnis³ zum Kunden. Deshalb kann dieser Vertrag sicher kein Arbeitsvertrag sein.

II. Der Computerwartungsvertrag ist kein Werkvertrag

Das Versprechen, eine Maschine wieder instand zu setzen, weist auf einen Werkvertrag hin. Bei der Reparatur besteht das Werk in der dem Neuzustand angenäherten Wiederherstellung der Funktionen einer Anlage⁴. Geschuldet und garantiert wird ein Erfolg, nämlich dass die Maschine nach Vornahme der Reparatur wieder einwandfrei läuft⁵. Nur vereinzelt wird bei der Computerwartung diese Garantie nicht abgegeben⁶.

Schwieriger einzuordnen ist die zweite Leistung, die Verpflichtung zu Instandhaltungsmassnahmen, die zukünftigen Ausfällen vorbeugen sollen. In keinem Vertrag wird eine ununterbrochene Betriebstüchtigkeit der Anlage garantiert, weil es selbst bei gewissenhaftester vorbeugender Wartung zu Ausfällen kommt, die nicht voraussehbar, sondern spontan sind. Sieht man als Gegenstand des Werkvertrags ganz generell ein Resultat von Arbeit an körperlichen Sachen an, selbst wenn die Gewährleistung wegbedungen ist, so liegt auch hier ein Werkvertrag vor⁷. Sobald

1 Ausführliche Darstellung der Leistungen S. 80 ff.

2 v. Büren, Auftrag, S. 5.

3 Guhl/Merz/Kummer, S. 381; Vischer, S. 306.

4 Gautschi, Vorbem. zu OR 363 - 379 N 1, und N 29a zu OR 365; Gauch, S. 23, N 14.

5 Gautschi, N 32a zu OR 365.

6 Hinten S. 88 f.

7 So Gautschi, Vorbem. zu OR 363-379 N 1.

man jedoch das Erzielen eines Erfolgs als typisch für den Werkvertrag ansieht, kann es sich hier nicht mehr um einen Werkvertrag handeln.

Sicher wollen beide Parteien, wie bei der Revision eines Autos⁸, dass die Maschinen nachher in jeder Beziehung einwandfrei funktionieren, doch kann die Wartungsfirma dies nicht garantieren. So gibt es für die vorbeugende Wartung die Redensart: Montag steht die Anlage, denn am Freitag war Wartung⁹. Der Ausfall ist dabei nicht etwa auf unsorgfältiges Arbeiten des Wartungstechnikers zurückzuführen, sondern kann dadurch verursacht werden, dass ersetzte Teile nun wieder mit voller Kraft arbeiten, andere Teile deshalb stärker als vorher fordern und damit Ausfälle verursachen, die sonst erst später eingetreten wären. Daneben gibt es die schon erwähnten Spontanausfälle. Sobald aber der Erfolg — hier das einwandfreie Funktionieren — nicht garantiert werden kann, kann auch kein Werkvertrag vorliegen¹⁰.

Trotzdem kann der Computerwartungsvertrag u.U. ein Werkvertrag sein. Als Erfolg wird dann allerdings nicht eine ununterbrochene Betriebstüchtigkeit, sondern eine möglichst hohe Verfügbarkeit der Anlage vereinbart. Entweder wird eine genau fixierte monatliche Nutzungsdauer garantiert, deren Unterschreitung zu einem im voraus vereinbarten Schadenersatz verpflichtet, oder die höchstmögliche Verfügbarkeit wird angestrebt mittels einer durch ein Sanktionensystem abgesicherten Minimierung der Ausfallzeiten¹¹. Sobald ein Autor den Computerwartungsvertrag als Werkvertrag qualifiziert, hat er einen Vertrag vor Augen, in welchem eine hohe Betriebsbereitschaftszeit garantiert wird¹².

Die in der Schweiz bisher üblichen Wartungsverträge sehen solche Garantien nicht vor. Zwar wird versprochen, dass — mit gewissen Einschränkungen — eine Störung irgendwann einmal behoben sein wird. Damit liegt für die einzelnen Reparaturen eine Erfolgsgarantie vor. Für das ganze Vertragsverhältnis aber wird nur ein Tätigwerden in eine bestimmte Richtung versprochen, treffend formuliert als Erbringen von Leistungen, "die darauf ausgerichtet sind, die Maschinen in einem betriebstüchtigen Zustand zu erhalten bzw. in diesen zu versetzen"¹³. Da kein Erfolg versprochen wird, liegt kein Werk vor. Dann kann aber auch kein Werkvertrag vorliegen und somit scheitert die Subsumtion unter den Werkvertrag.

8 Beispiel Gautschi, N 11c zu OR 363.

9 Karck, S. 894.

10 Gauch, S. 24, N 20.

11 Ausführlich hinten S. 88 f.

12 z.B. Forstmoser, EDV, Ziff. 2.6.1.; Fuchs, S. 159 und 392; Zahrnt, S. 294, N 3.

13 Anhang II: Vertrag 2, Klausel 1, S. 141.

III. Der Computerwartungsvertrag ist kein Auftrag

Damit bleibt noch die Möglichkeit, den Computerwartungsvertrag unter das Auftragsrecht zu subsumieren. Im Auftragsrecht verspricht der Beauftragte, in eine bestimmte Richtung tätig zu werden, ohne jedoch garantieren zu können – oder zu wollen –, dass das beabsichtigte Resultat erreicht wird. Gleich lautet das Leistungsversprechen der Wartungsfirmen: Die Firma erbringt Leistungen, die darauf ausgerichtet sind, die Maschinen in einem betriebsstüchtigen Zustand zu erhalten bzw. in diesen zu versetzen¹⁴.

Wie bei der Darstellung des Auftragsrechts ausgeführt, lassen sich die im Auftragsrecht geschuldeten Arbeitsleistungen in drei Gruppen einteilen: Geschäftsbesorgungen, unentgeltliche Arbeitsleistungen und einige *Tätigkeiten faktischer Natur*. Zur letzten Gruppe lässt sich auch der Wartungsvertrag zählen.

Somit erfasst die klassenlogisch verstandene Legaldefinition des Auftrags den Computerwartungsvertrag; er kann deshalb unter das Auftragsrecht subsumiert werden. In einer zweiten Runde ist nun zu untersuchen, ob der subsumierte Fall atypisch ist, was zur Korrektur des gewonnenen Ergebnisses führen würde¹⁵.

Dabei ist in erster Linie darauf zu achten, ob der Computerwartungsvertrag schon einmal von einem schweizerischen Gericht dem Auftragsrecht zugeordnet bzw. diese Zuordnung abgelehnt worden ist. Beides ist meines Wissens nicht geschehen. Deshalb ist die *Frage der Typizität* anhand eines eigenen Werturteils zu entscheiden, das sich an den typischen Grundzügen der Regelung (der *Leitidee*) und auch an der Beantwortung der Frage orientiert, ob die Rechtsfolgeordnung des Auftragsrechts sinnvoll ist oder nicht¹⁵.

Was die typischen Grundzüge der Auftragsregelung betrifft, wurden folgende charakteristische Merkmale herausgearbeitet: selbständige Stellung des Beauftragten, fehlende Erfolgsgarantie, Unbestimmtheit der Leistung des Beauftragten, die Treueverpflichtung und vor allem ein besonderes Vertrauensverhältnis.

Im bisherigen Subsumtionsverfahren wurde bereits das Vorliegen zweier Typusmerkmale bejaht: Die Wartungsfirma hat eine selbständige Stellung und es fehlt ein Erfolgsversprechen.

Als weiteres typisches Auftragsmerkmal gilt die inhaltliche *Unbestimmtheit der Leistung* des Beauftragten. Daraus ergibt sich das Weisungsrecht des Auftraggebers, welches seinerseits das Recht auf jederzeitige Niederlegung des Auftrags nach sich zieht¹⁶. Beim Computerwartungsvertrag ist die Leistung der Wartungsfirma bestimmt. Bei Ausfällen ist die Behebung der Störung – ein Werk – geschuldet. Bei der vorbeugenden Wartung werden die von der Firma für die betreffenden Maschinen vorgesehenen Massnahmen durchgeführt. Da eine Präzisierung des "Auftrags" unnötig ist, fehlt auch ein Weisungsrecht des Kunden. Das wiederum hat zur Folge,

14 Anhang II: Vertrag 2, Klausel 1, S. 141.

15 Schluep, S. 808.

16 Gautschi, N 5a zu OR 397 und N 15a zu OR 404; Hofstetter, S. 33.

dass ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Firma überflüssig und deshalb auch in keinem Vertrag vorgesehen ist.

Kennzeichnend für den Auftrag ist auch die *Treuepflicht*¹⁷. Sie besteht darin, dass bei der Geschäftsbesorgung den anvertrauten Interessen vor allen andern stets der Vorrang eingeräumt wird. Da sie auf die Geschäftsbesorgung zugeschnitten ist, fehlt sie oft bei einfachen Tathandlungsaufträgen. Auch beim Computerwartungsvertrag ist sie nur beschränkt denkbar: Nur gerade die aus ihr fließenden Auskunft-, Rechenschafts- und Diskretionspflichten sind hier sinnvoll. Meist werden diese Pflichten jedoch wegbedungen.

Ferner gilt als Charakteristikum des Auftrags das Vorliegen eines *besonderen Vertrauens*. Von den bei der Darstellung des Auftragsrechts erwähnten Umständen, die zum Entstehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses führen, dürfte beim Computerwartungsvertrag vor allem einer im Vordergrund stehen, nämlich der Umstand, dass die Lösung der Aufgabe ausserordentliche berufliche Fähigkeiten des Beauftragten erfordert, auf deren Vorhandensein sich der Auftraggeber verlassen muss.

Die Wartung einer Computeranlage, insbesondere die Behebung selten auftretender Störungen, erfordert sicher eine genaue und möglichst umfassende Kenntnis der Hardware und auch der Software.

Wie jedoch bei den Ausführungen zum Widerrufsrecht ausgeführt wurde, ist letzten Endes für die Bejahung des besonderen Vertrauensverhältnisses die höchstpersönliche Komponente entscheidend; dies ergibt sich aus dem Leitbild des Gesetzgebers.

*Im wirtschaftlichen Bereich fehlt jedoch, wie dargelegt*¹⁸, *diese höchstpersönliche Note*. Das Vertrauen richtet sich nur auf eine bestimmte Fachkenntnis, in der gleichen Art wie beim Werkvertrag, und es wird auch nicht einer konkreten Person, sondern einer anonymen Institution entgegengebracht. Von einer persönlichen Bindung zu sprechen, hiesse die Realität zu verkennen.

Auch beim Computerwartungsvertrag fehlt dieses besondere Vertrauensverhältnis im vorne entwickelten Sinn. Der Kunde erwartet, dass die Wartungsfirma – meist ist das die Herstellerfirma – das tun wird, was für seine Anlage gut ist, gleich wie er sich von der Firma, die den im Haus installierten Lift wartet, eine gute Arbeit erhofft.

Ein Indiz für das Fehlen eines besonderen Vertrauensverhältnisses liegt auch darin, dass dessen typische Folgen – persönliche Erfüllung, Geheimhaltungspflicht, jederzeitiges Widerrufsrecht¹⁹ – beim Computerwartungsvertrag nicht zu finden sind. Die Wartungspflicht darf meist ohne weiteres auf eine Drittfirma übertragen werden. Die Haftung für Schäden aus Verletzung der Geheimhaltungspflicht ist meist wegbedungen, womit sich dem Kunden nicht gerade ein besonderes Vertrauen

17 Hofstetter, S. 32; Vischer, S. 308.

18 Vgl. vorne S. 23.

19 Hofstetter, S. 33.

in die Wartungsfirma aufdrängt. Und ein jederzeitiges Widerrufsrecht liegt – wie gleich darzulegen ist – im Interesse keiner Partei.

Die Regeln des Auftragsrechts sind auf die Geschäftsbesorgung, auf unentgeltliche Arbeiten und auf gewisse entgeltliche tatsächliche Arbeitsleistungen anwendbar, soweit diese nicht schon unter einen andern gesetzlichen Arbeitsvertragstypus fallen. Man darf aber nicht übersehen, dass die *Regelung*, soweit faktische Dienste erfasst werden, *auf die sogenannten freien Berufe zugeschnitten* ist²⁰. So erwähnt auch Gautschi²¹ als Beispiele für Tathandlungsbeauftragte vor allem Vertreter dieser Berufe (Anwälte, Notare, Ärzte usw.) oder dann Personen mit ähnlichen ethisch hoch eingeschätzten oder extrem vertrauensbedürftigen Aufgaben wie Experten, Gutachter, Schiedsrichter, Treuhänder oder Revisoren²². Es ist deshalb kein Zufall, dass die typischen Auftragsmerkmale, wie dargelegt, beim Computerwartungsvertrag nur zu einem kleinen Teil anzutreffen sind.

Die Atypizität des Computerwartungsvertrags zeigt sich auch, wenn man die *Rechtsfolgeordnung*²³ des Auftragsrechts berücksichtigt. Eine Qualifikation als Auftrag hat nämlich zur Folge, dass beiden Parteien ein Recht auf jederzeitige, nicht zu begründende Vertragsauflösung zusteht. Dieses Recht wird von der Praxis und der wohl herrschenden Lehre²⁴ als zwingend angesehen. Beim Wartungsvertrag widerspricht es aber den Interessen *beider* Parteien. Der Kunde bezweckt – wie bereits dargelegt²⁵ –, mit dem Abschluss eines Wartungsvertrags die Betriebsbereitschaft seiner Computeranlage für ihre ganze Lebensdauer (das sind durchschnittlich sechs Jahre) zu sichern²⁶. Auf der andern Seite hat die Wartungsfirma zur Erfüllung ihrer Pflichten genügend Personal anzustellen und soll sich deshalb darauf verlassen können, dass der Kunde nicht plötzlich den Vertrag unbegründet widerrufen darf und damit ein Teil des Personals überflüssig wird, dem die Firma aber auch bei Arbeitsausfall weiterhin Lohn zu zahlen hat (OR 324 I)²⁷ und das sie nicht fristlos entlassen kann (OR 336a, b). Ferner beinhaltet der Wartungsvertrag ein versicherungsähnliches Element, indem nämlich auch unvorhersehbare, grosse Reparaturen in der monatlichen Wartungspauschale inbegriffen sind. Nur ein länger dauernder

20 Hofstetter, S. 9; Schaffitz, S. 67.

21 Gautschi, N 26–43 zu OR 394.

22 Der Treuhänder muss allerdings nicht Tathandlungsbeauftragter sein, sondern kann auch Geschäftsbesorgungsbeauftragter sein.

Ein Gutachten kann m.E. auch ein Werk sein. Als Beispiel kann ein Rechtsgutachten gelten, das eine verwickelte Rechtslage objektiv klären soll. Der garantierbare Erfolg besteht in der Ablieferung eines Gutachtens, das die gesamte wesentliche Literatur und Praxis enthält. Anders ist die Lage beim Parteigutachten: Der angestrebte Erfolg besteht hier im Prozessgewinn; dieser kann nicht garantiert werden, deshalb ist nur ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet und damit liegt ein Auftrag vor (ungenau v. Büren, OR II, S. 125); vgl. auch Pedrazzini, S. 503; Vischer, S. 310.

23 Schluep, S. 810.

24 Vgl. vorne S. 21.

25 Vorne S. 7.

26 Zahrt, S. 298.

27 Darin besteht ja der Unterschied zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag: Gautschi, N 10a zu OR 404.

Vertrag ermöglicht aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung, extreme Aufwandskosten bei einer einzelnen Reparatur durch Verteilung der Kosten auf mehrere Monate auszugleichen²⁸.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Ergebnis des Subsumtionsverfahrens zu korrigieren ist. Der Computerwartungsvertrag entspricht nicht dem Typus des Auftrags. Deshalb kann auch das Auftragsrecht höchstens analog angewendet werden.

IV. *Der Computerwartungsvertrag als Innominatvertrag*

A. *Zulässigkeit von Innominatverträgen im Bereich der Arbeitsleistungsverträge*

Da der Computerwartungsvertrag unter keinen der gesetzlich geregelten Arbeitsleistungsvertragstypen fällt, muss er ein Innominatvertrag sein.

Dieser logischen Feststellung steht nun die Ansicht eines Teils der Lehre entgegen, der Gesetzgeber habe im Bereich der Arbeitsleistungsverträge einen *Numerus clausus* geschaffen und damit Innominatverträge für diesen Bereich ausgeschlossen. Diese Ansicht wird durch Auslegung des Art. 394 II OR gewonnen, der besagt: "Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag."²⁹

Die *Rechtsprechung des Bundesgerichts* zu diesem Problem ist nicht einheitlich. Während es den Architektenvertrag (in den Entscheiden 63 II 180, 89 II 406), den Agenturvertrag (vor der Revision des OR von 1949 in den Entscheiden 29 II 109 f., 40 II 392, 54 II 380, 60 II 336, 78 II 37) und den Alleinvertriebsvertrag (60 II 335, 78 II 33) schon als gemischte Arbeitsleistungsverträge anerkannt und sogar Verträge *sui generis* im Bereich der Arbeitsleistungsverträge zugelassen hat (in Entscheid 83 II 529), hat es umgekehrt auch schon das Bestehen eines *Numerus clausus* im Gebiet der Arbeitsleistungsverträge bejaht (in Entscheid 59 II 261 und eher beiläufig ohne eingehende Erörterung in seinen neuesten Entscheiden 99 II 397 und 104 II 108)³⁰.

Als erstes Argument für einen *Numerus clausus* wird der *Wortlaut von OR 394 II* aufgeführt³¹. Dabei wird aber übersehen, dass das OR durch keinen streng technischen Sprachgebrauch gekennzeichnet ist, sondern eher volkstümliche und gemeinverständliche Formulierungen anstrebt³². Damit kann OR 394 II durchaus nur eine

28 ZR 76 (1977) Nr. 17.

29 Friedrich, S. 451 ff., 475 ff.; Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 7, N 56 und 62a zu OR 394, N 57 und 67 zu OR 395; Peyer, S. 50/51 und 82.

30 Ausführlicher Überblick bei Gessler, S. 27 ff.

31 BGE 104 II 108; Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 7.

32 Schönenberger/Jäggi, Allgemeine Einleitung, N 44.

Abgrenzung gegenüber den andern Nominatverträgen beabsichtigen, ohne einen Numerus clausus einführen zu wollen. Der Sinn läge in einer Präzisierung von Abs. 1: Zwei können alle Arbeitsleistungen unter das Auftragsrecht fallen, doch nur, wenn sie nicht schon von einem andern Nominatvertrag erfasst werden³³.

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass im Bereich des Schuldrechts *grundsätzlich kein Numerus clausus* vorgesehen ist, dies im Unterschied zum Sachen-, Gesellschafts- und Ehegüterrecht, sondern es gilt die Vertragsfreiheit³⁴. Ein Numerus clausus dient dem Schutz der schwächeren Partei, der Klarheit und Übersichtlichkeit, der Verkehrs- und Rechtssicherheit³⁵. Da er eine Ausnahme von der Vertragsfreiheit (OR 19) darstellt, müsste er auf einen dieser Gründe zurückzuführen sein.

Einen *Schutz der schwächeren Partei* bietet das Auftragsrecht nicht; im Gegenteil wird der Arbeitsschuldner deutlich schlechtergestellt. Das Widerrufsrecht sichert zwar den Arbeitsgläubiger gegen einen Vertrauensmissbrauch, doch fehlt jede Begründung dafür, dass alle Arbeitsgläubiger, deren Verträge atypisch sind, dieses Schutzes bedürften³⁶.

Zwar bringt ein Numerus clausus *Klarheit, Übersichtlichkeit, Verkehrs- und Rechtssicherheit*, doch nur um den Preis der Hemmung der freien Entfaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens³⁷. Wenn in der Begründung klarer Verhältnisse für die Haftung und für die einseitige Auflösung der Grund des Numerus clausus liegt³⁸, dann wäre der Gesetzgeber gescheitert, denn die Abgrenzung des Mandats zu den andern Arbeitsleistungsverträgen ist besonders schwierig³⁹; dies gerade wegen der auftragsrechtlichen Regelung der Haftung und der Auflösung!

Auch das Argument der *Rechtssicherheit*⁴⁰ zieht nicht. Erstens kann die Rechtssicherheit, wenn wie hier keine Drittinteressen betroffen sind, der Notwendigkeit sachlich richtiger Rechtsfolgen nicht vorgehen⁴¹. Ferner müssen die Parteien aufgrund von Sachzwängen oft ausführliche Vereinbarungen treffen, die im Gegensatz zu nicht sachgerechten gesetzlichen Lösungen stehen. Das meist allgemein gehaltene Vertragsrecht, das im wesentlichen aus dem letzten Jahrhundert stammt, trägt nämlich den Realitäten komplizierter technischer Anlagen nicht im geringsten Rechnung⁴². Und die Gefahr unrichtiger Streitentscheidung durch ordentliche Gerichte – z.B. die unsachgemässe Beiziehung von OR 404 – zwingt die Parteien, teure Schiedsgerichte zu vereinbaren⁴³. Worin bei dieser Sachlage die Förderung der Rechtssicherheit besteht, ist nicht zu ergründen.

33 Gessler, S. 35.

34 Vischer, S. 313; auch Gessler, S. 36 und 38 f.

35 Hofstetter, S. 25.

36 Hofstetter, S. 26.

37 Hofstetter, S. 26.

38 Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 7.

39 Hofstetter, S. 26 Anm. 47.

40 Gautschi, N 66b zu OR 395.

41 Vgl. Schluep, S. 791 ff.

42 Forstmoser, EDV 1.2.

43 Schaub, S. 95.

Weiter ist zu beachten, dass das Ziel der Einordnung nicht erreicht werden kann durch die Subsumtion eines Vertragsverhältnisses anhand eines im voraus fixierten klassenlogischen Begriffs, sondern nur durch eine *sachlich richtige Beurteilung* des Vertrags und durch Auffinden der dafür angemessenen Regelung⁴⁴.

Wenn zwei Parteien in richtiger Erkenntnis der sich stellenden Probleme übereinstimmend die einzig sachgerechte Lösung fixieren, dann sollte dieser *Parteiwille* massgebend sein, wenigstens soweit dadurch nicht Drittinteressen geschädigt werden sollen. Eine angemessene Regelung sollte nicht dadurch verunmöglicht werden, dass man das Vertragsverhältnis stur dogmatisch in ein unpassendes Schema presst⁴⁵.

Im weiteren gibt es gegen die Annahme eines Numerus clausus neben diesen sachlichen auch noch *historische Argumente*. Wie falsch es ist, aus OR 394 II einen Numerus clausus abzuleiten, weist Pedrazzini⁴⁶ anhand der Entstehungsgeschichte dieses Artikels nach. Unter dem alten OR von 1888 wurde ursprünglich angenommen, der Auftrag regle nur das Innenverhältnis der Stellvertretung. Die Einordnung der faktischen Dienste bereitete deshalb Mühe⁴⁷, doch noch vor der Revision von 1909 wurden sie dann von herrschender Lehre und Praxis auch unter den Auftrag subsumiert. Der Gesetzgeber wollte diese Ansicht im neuen OR kodifizieren und tat dies im unglücklich formulierten Art. 394 II – unglücklich deshalb, weil sein Wortlaut weiter geht als sein Zweck. Aus dem Votum des Berichterstatters Hoffmann im Ständerat geht deutlich hervor, dass damit einfach die freien Berufe erfasst werden sollten⁴⁸. OR 394 II bezieht sich deshalb nicht auf alle Arbeitsleistungsverträge (im heutigen Sinn). Der Begriff “Verträge über Arbeitsleistung” kommt im Gesetz nur in diesem Artikel vor, deshalb kann daraus nichts abgeleitet werden. Der Umfang des heutigen Begriffs “Arbeitsleistungsverträge” muss nicht identisch sein mit dem Umfang, den ihm der Gesetzgeber von 1909 geben wollte. Äusserungen auf einen Numerus clausus hin sind aus der damaligen Situation zu verstehen und haben keinesfalls Interessenlagen im Auge, die erst mit der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung entstanden sind und deshalb dem damaligen Gesetzgeber noch gar nicht bekannt sein konnten⁴⁹.

Interessant ist, dass das *Bundesgericht* früher Verträge sui generis im Bereich der Arbeitsleistungsverträge zugelassen hat⁵⁰, worauf es in BGE 104 II 108 selbst hinweist. Die Begründung seiner neuen Praxis fällt in diesem Entscheid recht dürftig aus. Verwiesen wird auf den Wortlaut von Art. 394 II, der – wie oben dargelegt – gar nicht Verträge sui generis im Auge hat, und auf das Prinzip, dass auf das Widerrufsrecht in OR 404 nicht von vornherein verzichtet werden könne, was erstens nicht unumstritten⁵¹ und zweitens für die Einordnung eines Vertrags nicht von

44 v. Büren, OR II, S. 125; Jäggi, S. 303; Vischer, S. 314.

45 Vgl. auch Schaub, S. 93.

46 S. 505 Anm. 28.

47 Vgl. auch Mustafa, S. 47 ff.

48 StenBullStR 1910, S. 229.

49 Pedrazzini, S. 505 Anm. 28; unzutreffend insoweit Peyer, S. 50; zustimmend Gessler, S. 38.

50 z.B. BGE 83 II 529; vgl. den Überblick vorne bei Anm. 30 (S. 31).

51 v. Büren, OR II, S. 140; Gauch, S. 24, N 18; Jäggi, S. 304; Peyer, S. 163.

Bedeutung ist. Zuerst muss eine Betrachtung der gesamten gesetzlichen Regelung stattfinden, dann sollen typische Züge einer Regelung (die Leitidee) herausgearbeitet werden und zuletzt ist noch ein Blick auf die Rechtsfolgeordnung zu werfen, um festzustellen, ob sie auf diesen Fall passt oder nicht. Dabei könnte sich dann herausstellen, dass gerade die zwingende Natur des Widerrufsrechts eine Einordnung des fraglichen Vertragsverhältnisses unter den Auftrag verunmöglicht. Da das Widerrufsrecht höchstens beim Auftrag zwingend ist, kann mit dem Hinweis auf seine zwingende Natur nicht das Ergebnis einer sachgerechten Qualifikation vorweggenommen werden⁵².

Als *Fazit* ist festzuhalten, dass trotz des Art. 394 II im Bereich der Arbeitsleistungsverträge *Innominatkontrakte* zulässig sind. Die richtige Auslegung von OR 394 II ergibt, dass diese Vorschrift nur Abgrenzungscharakter gegenüber andern Nominatverträgen auf Arbeitsleistung hat. Keineswegs soll sie aber Innominatverträge ausschliessen⁵³.

B. Innominatverträge

1. Begriff, Arten und Abgrenzungen

Innominatverträge haben ihren Namen daher, dass sie im Gesetz nicht benannt sind. Das will nicht heissen, dass sie überhaupt keinen – vom Verkehr verliehenen – Namen haben können, sondern entscheidend ist, dass sie vom Gesetzgeber nicht geordnet worden sind. Anhand der Legaldefinitionen, welche meist die Essentialia eines Vertragstyps enthalten, kann entschieden werden, ob ein Vertrag den Nominatverträgen zuzuordnen ist oder nicht^{54,55}.

Innerhalb der Innominatverträge unterscheidet man zwischen gemischten Verträgen und Verträgen *sui generis*⁵⁶.

Gemischte Verträge im weitesten Sinne sind Verträge, bei denen Tatbestandsmerkmale verschiedener gesetzlich geregelter oder ungeregelter Vertragstypen vereinigt sind. In einem engeren Sinne muss verlangt werden, dass mindestens ein Teil der Elemente gesetzlichen Vertragstypen entspringt, und im engsten Sinne dürfen

52 Zutreffend Peyer, S. 34, der in der Widerrufbarkeit kein Begriffsmerkmal des Auftrags, sondern eine Rechtsfolge sieht; a.M. Gautschi, N 23a zu OR 395.

53 Gessler, S. 27 ff.; Guhl/Merz/Kummer, S. 419; Hofstetter, S. 24 f.; Jäggi, S. 303; Pedrazzini, S. 505; Schluep, S. 813 Anm. 170; Vischer, S. 313. Mindestens im Prinzip einverstanden: Becker, N 8 zu OR 394; v. Büren, OR II, S. 125; Oser/Schönenberger, N 20 zu OR 394.

54 Zum Vorgehen vgl. vorne S. 8 ff.

55 Schluep, S. 770; vgl. auch Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 1.

56 h.L.; anders Oftinger (Trödelvertrag, S. 11 f.), der alle Innominatverträge als Verträge *sui generis* bezeichnet. Von gemischten Verträgen sei nicht als Art, sondern nur in dem Sinn zu sprechen, dass sie juristische Tatsachen aus zwei oder mehr benannten Verträgen enthielten.

nur gesetzlich geregelte Verträge kombiniert werden, ohne dass der Gesetzgeber diese spezifische Kombination geregelt hätte⁵⁷.

Verträge *sui generis* im weitesten Sinne enthalten mindestens zum Teil gesetzlich nicht geregelte Tatbestandselemente. In einem engeren Sinne bestehen sie ausschliesslich aus nicht geregelten Tatbestandselementen und in einem engsten Sinne dürfen solche Verträge nicht nur ausschliesslich nicht geregelte Tatbestandselemente enthalten, sondern diese Elemente müssen sich überdies zu einer inneren Einheit fügen, also nicht bloss gemischt sein⁵⁸.

Um die beiden Arten zweifelsfrei unterscheiden zu können, muss für eine der beiden vom engsten Begriff ausgegangen werden, da sonst keine Komplementärbegriffe vorliegen. Das hat zur Folge, dass die Einordnung eines bestimmten Vertrags wechselt, je nachdem, welchen Begriff man eng fasst⁵⁹. Im folgenden soll deshalb für den gemischten Vertrag der engste Begriff gelten, da dadurch m.E. die Abgrenzung klarer wird⁶⁰.

Der gemischte Vertrag ist damit ein selbständiger Vertrag, der die Tatbestandselemente verschiedener gesetzlicher Vertragstypen in einer vom Gesetzgeber nicht geregelten Kombination erfasst. Dadurch unterscheidet er sich von Doppelverträgen, das sind zufällig gleichzeitig abgeschlossene Verträge⁶¹. Ebenso besteht eine Differenz zu den zusammengesetzten Verträgen, bei denen zwei selbständig bleibende Verträge nur in eine gegenseitige Abhängigkeit gebracht werden, ähnlich dem Verhältnis Leistung – Gegenleistung⁶², wobei allerdings diese Koppelungsabrede für sich allein ein Innominatvertrag *sui generis* ist⁶³. Ob ein Doppelvertrag, ein zusammengesetzter oder ein gemischter Vertrag vorliegt, entscheidet sich allein nach dem Parteiwillen, nicht etwa nach formalen Kriterien⁶⁴.

Der gemischte Vertrag ist auch gegen den Vertrag mit artfremder Beimischung – oder besser: Typenvertrag mit typenfremder, aber nicht typenverfremdender Beimischung⁶⁵ – abzugrenzen, welcher nur eine atypische Nebenleistungspflicht beinhaltet, während beim gemischten Vertrag mindestens eine Hauptleistung atypisch ist. Eine Nebenleistungspflicht liegt vor, wenn eine Leistung nicht gesondert klagbar ist und sich bei Nichterfüllung die faktische Lage im Vergleich zur Lage, wie sie ein vernünftiger und korrekter Vertragspartner erwarten dürfte, nicht wesentlich verändert⁶⁶.

57 Schluep, S. 772.

58 Schluep, S. 776.

59 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 2; Schluep, S. 776 Anm. 30.

60 h.L.; vgl. Meier-Hayoz, SJK 1135, S. 1.

61 Kreis, S. 76.

62 Meier-Hayoz, SJK 1135, S. 2; Guhl/Merz/Kummer, S. 292.

63 Schluep, S. 777.

64 Ausführlich Schluep, S. 773.

65 Schluep, S. 797.

66 Schluep, S. 774; a.M. Becker, N 4 zu OR 19; Meier-Hayoz, SJK 1135, S. 2: Auch Nebenleistungen können typenverfremdend sein.

Immer wenn ein Innominatvertrag keine Mischung verschiedener gesetzlich geregelter Tatbestandselemente darstellt, liegt ein Vertrag *sui generis* vor.

2. Zulässigkeit von Innominatverträgen

In der Schweiz ist die Zulässigkeit von Innominatverträgen unbestritten⁶⁷; sie folgt aus dem Prinzip der Privatautonomie, namentlich der rechtsgeschäftlichen Autonomie. Im Rahmen der allgemeinen Schranken erlaubt die in OR 19 verankerte Vertragsfreiheit das Entstehen von Innominatverträgen (Typenfreiheit)⁶⁸.

Diese Schranken bestehen darin, dass ein Vertrag nicht einen unmöglichen Inhalt haben und nicht gegen zwingende Vorschriften oder die guten Sitten verstossen darf.

Die Zulässigkeit von Innominatverträgen im Bereich der Verträge über Arbeitsleistungen wurde bereits vorne bejaht in richtiger Auslegung des Art. 394 II OR, der nicht eine Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Einführung eines *Numerus clausus* bezweckt⁶⁹.

3. Rechtsanwendung bei Innominatverträgen

Die Auslegung der Innominatverträge geschieht ähnlich wie bei den Nominatverträgen⁷⁰; sie werden nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt⁷¹.

Da die Innominatverträge atypische Sachverhalte beinhalten, kann – wie vorne dargelegt⁷⁰ – die Vertragsergänzung nicht nach einem gesetzlichen Vertragstypenrecht erfolgen, sondern muss nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen werden. Auf die beteiligten Vertragstypenrechte kann grundsätzlich nicht zurückgegriffen werden; umgekehrt muss aber – soweit nicht eine Modifikation notwendig ist – der allgemeine Teil des Vertragsrechts beigezogen werden⁷². Der Richter hat, sobald sich die atypischen Verträge zu Vertragstypen verdichten, wie ein Gesetzgeber den nunmehr typischen Vertrag mit Vertragstypenrecht zu ergänzen (ZGB I II und III), es sei denn, es liege bereits Gewohnheitsrecht vor (ZGB I II)⁷³.

Solche verkehrstypische Innominatverträge entstehen, wenn ein neu aufgetretenes Bedürfnis öfters befriedigt worden ist. Zuerst kommt es nur zu einer Typen-

67 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 2.

68 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 3; Schluep, S. 777 ff.

69 a.M. Gautschi, Vorbem. zu OR 363–379 N 7 und ihm folgend BGE 104 II 108.

70 Vgl. vorne S. 8 ff.

71 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 5; Schluep, S. 796.

72 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 8.

73 Jäggi/Gauch, N 534; Schluep, S. 797.

häufung, dann zur Ausbildung einer Verkehrssitte, welche die üblichen Rechtsfolgen und das als selbstverständlich mitvereinbart Geltende festhält⁷⁴. Der nächste Schritt ist die Analyse der Entwicklung, wobei die Funktionen des Vertrags und die Interessenlage kritisch beleuchtet werden⁷⁵. Sobald der Vertrag allgemein anerkannt wird als sinnvolle Gesamtheit, welche sowohl die wirtschaftliche Funktion erfüllt, als auch die widerstreitenden Interessen ausgleicht, und diese Rechtsüberzeugung sich in einer lang andauernden, ununterbrochenen Übung niedergeschlagen hat, liegt Gewohnheitsrecht vor⁷⁶. Kein Gewohnheitsrecht entsteht, wenn die Verkehrssitte allzu einseitig die Interessen der einen Seite schützt – vor allem eine Gefahr bei starkem Einfluss von Standardverträgen – und deshalb nicht als gerechte, die Interessen ausgleichende Ordnung angesehen werden kann. In diesem Fall hat der Richter als Gesetzgeber Vertragstypenrecht zu setzen⁷⁷.

C. Der Computerwartungsvertrag als Innominatvertrag sui generis

Der Computerwartungsvertrag ist ein Innominatvertrag, in dem auf unbestimmte Dauer gegen Entgelt die Instandhaltung und Instandsetzung einzelner Geräte oder einer ganzen Computeranlage versprochen wird. Demnach handelt es sich um einen Dauervertrag⁷⁸, der hinsichtlich der einzelnen Reparaturen werkvertragliche und hinsichtlich der vorbeugenden Wartung auftragsrechtliche Elemente enthält. Der Einbau technischer Verbesserungen ist wiederum ein werkvertragliches Element. Nicht zu übersehen ist auch der Versicherungsgedanke. Jede Reparatur ist durch die monatliche Wartungsgebühr gedeckt, sofern der zu behebbende Schaden nicht auf Selbst- oder Drittverschulden zurückzuführen ist.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich bereits, dass nicht zwei im Prinzip selbstständige Verträge – einer für Instandhaltung und einer für Instandsetzung – vorliegen, sondern ein einheitlicher Vertrag, und es sich damit weder um einen Doppelvertrag noch um einen zusammengesetzten Vertrag handelt.

Ebensowenig liegt ein Typenvertrag mit typenfremder, aber nicht typenverfremdender Beimischung vor. Denn sowohl die werkvertragliche Instandsetzungssache als auch die eher auftragsrechtliche Instandhaltungspflicht sind Hauptpflichten.

Nach der engsten Begriffsbestimmung liegt ein gemischter Vertrag vor, wenn gesetzlich geregelte Verträge kombiniert werden und diese spezielle Kombination nicht im Gesetz geregelt ist. Die Vornahme der einzelnen Reparaturen ist in den meisten Computerwartungsverträgen so geregelt, dass zweifelsfrei ein Werk ge-

74 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 10.

75 Ähnlich Wyniger, S. 2.

76 Meier-Hayoz, N 233 ff. zu ZGB 1.

77 Meier-Hayoz, N 252 zu ZGB 1; Schlupe, S. 799/800.

78 Computerverträge sind typischerweise Dauerschuldverhältnisse; vgl. Forstmoser, EDV 1.7. und 3.3.

schuldet ist. Für die Instandhaltungsarbeiten ist dagegen nur ein Tätigwerden geschuldet. Trotzdem liegt kein Auftrag vor, weil – wie vorne dargelegt⁷⁹ – die typischen auftragsrechtlichen Elemente nur zum Teil vorliegen und, was die Rechtsfolgeordnung betrifft, beide Parteien einen jederzeitigen Widerruf bzw. Rücktritt ausschliessen wollen. Hiemit handelt es sich nicht um eine Kombination gesetzlich geregelter Verträge und damit um keinen gemischten Vertrag.

Der Computerwartungsvertrag ist ein Vertrag *sui generis*. Da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, erlischt die Schuld nicht mit der Erfüllung, sondern mit der Erfüllung ist so lange fortzufahren, bis die Schuld erlischt⁸¹. Sie erlischt mit Ablauf der verabredeten Zeit oder durch eine Willenserklärung: die Kündigung⁸¹. Dagegen ist ein Rücktritt – der *ex tunc* wirkt – nicht mehr möglich, sobald mit der typischen Dauerleistung bereits begonnen worden ist⁸².

Die Leistungen der Wartungsfirma sind bei den einzelnen Reparaturen und beim eventuellen Einbau technischer Verbesserungen werkvertraglicher Natur, soweit wenigstens ein Erfolg versprochen wird⁸³.

Die Instandhaltungsarbeiten erfordern nur ein Tätigwerden. Eine Erfolgsgarantie dafür ist unmöglich, weil Ausfälle unvermeidbar sind. Es kann – was vereinzelt auch geschieht – nur eine gewisse Verfügbarkeit des Geräts oder des Systems garantiert werden; damit wird aber der Wartungsvertrag zu einem Werkvertrag⁸³.

Das wichtigste Motiv des Kunden für den Abschluss eines Computerwartungsvertrags ist der Versicherungsgedanke⁸⁴. Da in der Wartungsgebühr alle Reparaturen von Schäden, die nicht selbst- oder drittverschuldet sind, inbegriffen sind, gibt es keine Reparaturrisiken mehr; der Unterhalt einer Anlage wird kalkulierbar und kann im voraus genau budgetiert werden. Dies ist für jeden Kunden ein grosser Vorteil.

Noch hat sich für den Computerwartungsvertrag kein Verkehrstyp im vorne⁸⁵ dargelegten Sinn entwickelt. Wie bei allen EDV-Verträgen ist auch hier die Kohärenz der standardisierten Elemente zu schwach und der in den einzelnen Standardverträgen offen hervortretende und nicht ausgeglichene Interessengegensatz verhindert das Entstehen einer *opinio necessitatis*. Solange dieses Zwischenstadium noch andauert, erfolgt die Vertragsergänzung deshalb nach dem Vertrauensprinzip⁸⁶.

79 S. 28 ff.

80 Gauch/Schluep/Jäggi, N 66; von Tuhr/Escher, S. 45.

81 von Tuhr/Escher, S. 167.

82 Schönenberger/Jäggi, N 565 zu OR 1; Gauch, Beendigung, S. 209; von Tuhr/Escher, S. 168.

83 Vgl. vorne S. 26 f.

84 Vgl. ZR 76 (1977) Nr. 17B.

85 S. 36 f.

86 Schluep, S. 963/64.

3. TEIL

Die einzelnen Elemente des Computerwartungsvertrags

1. Kapitel

Der Computerwartungsvertrag als Standardvertrag

Als Grundlage für den Abschluss eines konkreten Wartungsvertrags dient ein von der Wartungsfirma oder von Grosskunden (z.B. dem Bund) vorformulierter Vertrag, der von der betreffenden Partei möglichst unverändert für alle Wartungsverträge mit verschiedenen Partnern übernommen wird. Solche Verträge, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kontrahenten enthalten, nennt man Formularverträge, Standardverträge oder standardisierte Verträge¹. Mit diesen Verträgen ist eine besondere Problematik verbunden, die im folgenden kurz dargelegt werden soll.

I. Eigenart und Verbreitung der Standardverträge

Mit zunehmender Massenproduktion, die auf eine Befriedigung individueller Bedürfnisse verzichtete, drängte sich zur rechtlichen Bewältigung des Massenkonsums auch eine zunehmende Typisierung der Vertragsinhalte auf; es entstand der Massenvertrag. Im Gegensatz zum klassischen Individualvertrag fehlt dem Massenvertrag das Einmalige. An die Stelle eines durch mehrmaliges Austauschen von Offerten und Gegenofferten ausgehandelten Vertragsinhalts tritt ein Formular, in welchem alle nicht notwendigerweise individuellen Abmachungen für beliebig viele künftige Verträge von vornherein festgelegt sind².

Als Verbreitungsgebiet des Standardvertrags dürften all die Wirtschaftsgebiete gelten, in denen branchentypische Verträge üblicherweise schriftlich abgeschlossen werden³, also auch die ganze Datenverarbeitungsindustrie.

1 Schönenberger/Jäggi, N 441 zu OR 1; Merz, Kontrolle, S. 68.

2 Bauer, S. 1 f.; Keller, AGB, S. 1; Merz, FG Schönenberger, S. 138 f.; Rehbindner, AGB, S. 36; Stockar, S. 1 ff.

3 Hecht, S. 48; Forstmoser, FG Kummer, S. 00.

II. Begriff des Standardvertrags

Ein Standardvertrag ist ein Vertrag, bei dem die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des einen Kontrahenten zum Vertragsinhalt geworden sind⁴. Mit seinen AGB gibt ein Vertragspartner "vorgängig individualvertraglicher Abmachungen in abstrakter (gesetzesähnlicher) Formulierung bekannt, welche typisierte rechtsgeschäftliche Regelung von Einzelpunkten er einer unbestimmten Anzahl gleichartiger künftiger Rechtsgeschäfte zugrunde gelegt wissen will"⁵. Die AGB regeln den nicht individuellen Inhalt künftiger Verträge, so dass bei einem konkreten Vertragsabschluss nur noch die Vertragspartei und ganz oder teilweise der eigentliche individuelle Geschäftskern bestimmt werden müssen⁶.

III. Vorteile des Standardvertrags

Der Kontrahent, welcher Standardverträge vorformuliert, geht von der Tatsache aus, dass sich die meisten Rechtsfragen, die sich bei der Abwicklung eines bestimmten, gleichgearteten Rechtsgeschäfts stellen, ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände eines einzelnen, konkreten Vertragsabschlusses mittels sachgerechter, im voraus abgefasster allgemeiner Regeln beantworten lassen⁷.

Übereinstimmend wird dem Standardvertrag eine kostensenkende *Rationalisierungsfunktion* zuerkannt⁸. Er erübrigt zeitraubende und daher kostspielige Vertragsverhandlungen, der interne Betriebsablauf wird durch einheitliche Abmachungen vereinfacht. Der einzelne Vertragsabschluss erfordert nicht mehr den Einsatz juristisch gebildeter und geschäftserfahrener Personen, sondern kann untergeordneten Angestellten überlassen werden. Immerhin lässt sich fragen, ob diese Rationalisierung denn auch nötig macht, dass die AGB so viele Punkte regeln, die in einem Individualvertrag nicht einmal erwähnt würden⁹.

Gleichzeitig garantiert der Standardvertrag eine *fehlerfreie Übermittlung* des Vertragswillens des Vertretenen. Die gedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen

4 Die Begriffe AGB und Standardvertrag werden meist nicht auseinandergehalten: Merz, Kontrolle, S. 68; vgl. auch Bucher, OR, S. 132; Bühler, S. 8.

5 Merz, Kontrolle, S. 68; ähnlich die Definitionen von Bucher, OR, S. 131; Forstmoser, AGB, S. 12; Gauch/Schluep/Jäggi, N 651; Hecht, S. 56; Nägeli, S. 1; Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 35; Schuler, S. 15 f.; Stockar, S. 5. Überblick über die Begriffsmerkmale: Bauer, S. 2.

6 Bauer, S. 2 ff.; Keller, AGB, S. 1; Schönenberger/Jäggi, N 431/32 zu OR 1; Forstmoser, FG Kummer, S. 102 f.

7 Schönenberger/Jäggi, N 432 zu OR 1.

8 Bauer, S. 9; Bucher, OR, S. 131; Forstmoser, AGB, S. 12 und FG Kummer, S. 103 f.; Gauch/Schluep/Jäggi, N 656; Guhl/Merz/Kummer, S. 119; Hecht, S. 57; Kaye, S. 77; Merz, FG Schönenberger, S. 138; Nägeli, S. 9; Nordmann, S. 46; Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 330; Schönenberger/Jäggi, N 436 zu OR 1; Rehbindler, AGB, S. 36; Stockar, S. 2–13.

9 Nordmann, S. 46/47.

können als verbindliche Verhandlungsdirektiven für das Verkaufspersonal dienen¹⁰ und schützen den Vertretenen, soweit die AGB dem Kontrahenten bekannt sind, vor einer Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Vertreter¹¹.

Der Unternehmer strebt mit der Verwendung von Standardverträgen eine Beschränkung seiner *Geschäftsrisiken* an¹². Durch eine genaue Festlegung werden die Risiken berechenbar und damit ist eine exakte Preiskalkulation möglich¹³.

Ein weiterer Vorteil von Standardverträgen besteht in der *Vermeidung von Streitigkeiten*. In der Praxis aufgetretene Zweifelsfälle werden durch eine bessere Formulierung der betreffenden Vertragsklausel für die Zukunft ausgeschaltet. Damit können unnötige Prozesse vermieden werden¹⁴. Bedenklich ist diese prozessverhütende Wirkung, wenn allgemeine Geschäftsbedingungen gegen das Gesetz verstossen und der gesetzesunkundige Gegenkontrahent wegen der mit Prozessen verbundenen Kosten, Risiken und anderer Unannehmlichkeiten die Geltendmachung der Widerrechtlichkeit unterlässt¹⁵. Weiter machen die Prozessvermeidung und Steigerung der Rechtssicherheit es wohl doch nicht nötig, dass das dispositive Recht total einseitig zugunsten der den Standardvertrag verwendenden Partei abgeändert werden muss¹⁶.

Ein weiteres, oft zitiertes Argument zugunsten der Standardverträge ist die *Verbesserung der Qualität* der Verträge und die Klärung der Rechtslage durch sorgfältige Vorformulierung. Das moderne Wirtschaftsleben bringt immer wieder neue Vertragstypen hervor, welche der Gesetzgeber nicht geregelt hat, ja nicht voraussehen konnte. An die Stelle einer ungewissen Subsumtion unter eine gesetzlich geregelte Vertragsart oder einen durch richterliche Rechtsschöpfung zu bildenden Innominatvertrag tritt eine genaue, nötigenfalls mühelos abänderbare Regelung des betreffenden Rechtsverhältnisses durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁷. Doch darf nicht übersehen werden, dass diese standardisierten Vereinbarungen manchmal auch vieldeutig oder für den konkreten Vertrag zu allgemein gehalten sind¹⁸.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sollen auch den *Preis günstig beeinflussen*¹⁹. Die Partei, welche Standardverträge verwendet, kann Verträge durch Nichtjuristen abschliessen lassen, sie kann Unsicherheiten ausschalten durch eine genaue Festlegung der Vertragsabwicklung und sie kann gegebene Risiken wegbedingen. Deshalb ist es ihr möglich, einen geringeren Preis zu verlangen. Noch deutlicher wird

10 Bauer, S. 10; Forstmoser, AGB, S. 18 Anm. 81; Nägeli, S. 9.

11 Schönenberger/Jäggi, N 519 zu OR 1; vgl. auch Forstmoser, FG Kummer, S. 121 Anm. 154.

12 Forstmoser, AGB, S. 12 und FG Kummer, S. 105; Schuler, S. 124; Oesch, S. 42 f.

13 Bauer, S. 10; Forstmoser, FG Kummer, S. 104; Hecht, S. 57; Keller, Auslegung, S. 319; Nägeli, S. 13; Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 330.

14 Bauer, S. 11; Freed, S. 57; Nägeli, S. 10; Nordmann, S. 47; Reh binder, AGB, S. 37.

15 Nägeli, S. 11; Nordmann, S. 38–40

16 Nordmann, S. 47.

17 Bauer, S. 12; Forstmoser, EDV 1.3.; Reh binder, AGB, S. 37; vgl. auch Bucher, OR, S. 131.

18 Nordmann, S. 47; Forstmoser, FG Kummer, S. 104 Anm. 30.

19 Vgl. z.B. Bühler, S. 4/5; auch Zahrnt, S. 6, N 6.

dieser Zusammenhang bei versicherbaren Risiken: Hier bestimmt das Vorhandensein oder Fehlen einer Freizeichnungsklausel lediglich, welche Partei die Versicherung abzuschliessen bzw. das Risiko zu verteilen²⁰ hat²¹. Nordmann²² weist aber zu Recht darauf hin, dass das Argument der Preissenkung in dieser allgemeinen Form kaum stimmt; es müsste jede Klausel nach objektiven ökonomischen Kriterien daraufhin untersucht werden, ob sie kostensenkend wirkt.

IV. Nachteile der Standardverträge

Neben diesen Vorteilen bringt die Ausbreitung der Standardverträge aber auch eine Serie von Nachteilen für den nicht an der Ausarbeitung der Vertragsformulare beteiligten Partner.

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen werden von Spezialisten in einer juristischen, dem Laien *schwer verständlichen Sprache* abgefasst²³. Die einzelnen Klauseln sind häufig so abstrakt und generell formuliert, dass das Resultat eines späteren Versuchs, sie restriktiv auszulegen, ungewiss bleiben muss²⁴. Doch darf nicht übersehen werden, dass die intellektuelle Unterlegenheit unterschiedlich ist je nachdem, ob der Gegenkontrahent Kaufmann oder Nichtkaufmann ist. Vom Kaufmann, der im Handelsregister eingetragen ist, darf erwartet werden, dass er Sinn und Tragweite von allgemeinen Geschäftsbedingungen erfassen kann²⁵. Deshalb wird das Element der intellektuellen Unterlegenheit beim Computerwartungsvertrag keine so grosse Rolle spielen.

Das in der Natur des Menschen liegende *Gewinnstreben* verführt die Partei, welche den Standardvertrag verfasst, meist – wenn auch nicht immer²⁶ – dazu, den Vertrag soweit wie möglich zu ihrem Vorteil zu gestalten²⁷. “Wer den Vertrag diktieren kann, lässt sich ungern die Gelegenheit entgehen, die der Gegenpartei günstigen Bestimmungen des dispositiven Rechts auszuschliessen.”²⁸

Allgemein darf das *dispositive Recht* als *Präsumtion des Parteiwillens* angesehen werden und kann deshalb durch die Parteien umgestossen werden²⁹. Bei näherer

20 Vgl. Stockar, S. 106 f.: “Selbst-Versicherung” des Unternehmers.

21 Das fragliche Risiko kann aber auch durch eine schon bestehende Versicherung des Kunden abgedeckt sein; hier wird durch die Risikoüberwälzung eine Doppelversicherung und damit eine sinnlose Verteuerung der Preise vermieden. Vgl. Lörtcher, S. 257 ff.; vgl. auch Oesch, S. 153.

22 Ausführlich S. 49–51; auch Stockar, S. 14.

23 Ausführlich Bauer, S. 16; Nordmann, S. 29; Schuler, S. 20.

24 Nordmann, S. 30.

25 Bühler, S. 6; vgl. auch Forstmoser, S. 105 (unter Hinweis auf das deutsche AGB-Gesetz); Nordmann, S. 8.

26 Beispiele bei Nägeli, S. 15 auch Schuler, S. 138.

27 Auer, S. 2.

28 Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 329; vgl. auch Forstmoser, EDV 3.1.1.

29 Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 268.

Betrachtung zeigt sich, dass die dispositiven Normen auf zwei Pole ausgerichtet sind, entweder mehr auf die materielle Angemessenheit oder mehr auf den vermuteten Parteiwillen³⁰. Die Normen der ersten Gruppe streben eine gerechte, inhaltlich angemessene Ordnung an³¹ oder sind wenigstens vom Bedürfnis nach Klarheit der Verhältnisse und nach Rechtssicherheit geprägt³², während die Normen der zweiten Gruppe wertneutraler Natur sind und nur die durchschnittlichen Anschauungen der beteiligten Kreise wiedergeben wollen³³.

Somit hat der Gesetzgeber den Parteien ermöglicht, sich auf die gegenseitigen Leistungen zu konzentrieren, ohne sich um die Folgen von Leistungsstörungen oder ganz allgemein um die Modalitäten kümmern zu müssen, weil diese Punkte durch das dispositive Recht eine *gerechte* oder mindestens *dem vermuteten Parteiwillen entsprechende Lösung* erfahren³⁴. Auch die Normen mit Gerechtigkeitsgehalt sind nicht zwingend, weil sie nur eine Präsumtion dessen sind, was die Parteien im Normalfall als gerecht ansehen dürften, und deshalb nicht verhindern wollen, dass eine dem Einzelfall angemessenere Lösung vereinbart wird³⁵.

Zu Recht bemerkt aber Oftinger³⁶: “Die Wirklichkeit hat sich weit von der idealen Vorstellung der älteren Rechtswissenschaft entfernt, wonach der Vertrag das Erzeugnis des allmählich durch Überlegungen und Verhandlungen entstehenden Konsenses zweier sich gleichberechtigt gegenüberstehender Parteien sei.”

Statt nur ein konkret abzuwickelndes Geschäft zu regeln, enthalten *Standardverträge* oft eine *eigentliche Kodifikation* der Rechtssätze, die das Verhältnis der beiden Parteien bestimmen sollen. Diese Regelung ist häufig umfangreicher als die Normierung durch das Gesetz³⁷; zu Recht spricht man von einer “Gesetzgebung ohne Gesetzgeber”³⁸.

Diese umfassende Regelung, welche die Rechtsstellung des Gegenkontrahenten im Vergleich zum dispositiven Recht weit über das für den konkreten Vertrag sachlich notwendige Mass hinaus verschlechtert³⁹, schafft bei ihrer Vorlegung eine “*Atmosphäre des Fertigen*, des Vernünftigen, ja sogar des Gesetzlichen”⁴⁰. Schon der Umfang der Bestimmungen kann verhindern, dass die Klauseln vom Partner durchgelesen und diskutiert werden⁴¹. Fühlbare Machtlosigkeit, verstärkt durch

30 Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 267 f.; Schluep, S. 788.

31 Ausführlich Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 256 ff.; auch Nordmann, S. 42 ff.

32 Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 260 f. mit Beispielen.

33 Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 256 ff., Beispiele S. 262 ff.

34 Nordmann, S. 42 ff.

35 Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 256; Nordmann, S. 42 ff.

36 Oftinger, *Vertragsfreiheit*, S. 330.

37 Hecht, S. 53 f.; vgl. auch Schuler, S. 19 ff.

38 Reh binder, *AGB*, S. 37; auch Forstmoser, *FG Kummer*, S. 104.

39 Bauer, S. 13 15 mit Beispielen; Schönenberger/Jäggi, N 505 zu OR 1; Stockar, S. 10 f.

40 Bauer, S. 17.

41 Vgl. Bauer, S. 16 und Normann, S. 29.

Überrumpelung, Zeitdruck und einen Hang zu sozialer Konformität, führt zur Unterwerfung des Gegenkontrahenten unter diese Geschäftsbedingungen⁴².

Auch ein renitenter Gegenkontrahent wird sich unterwerfen, wenn *alle Konkurrenten* im wesentlichen die *gleichen Bedingungen* aufgestellt haben – und das ist der Regelfall⁴³. Sowie so wird der Abschluss eines konkreten Vertrages meist von der Annahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen abhängig gemacht⁴⁴, so dass der Verhandlungsspielraum eines nicht marktmächtigen Gegenkontrahenten von vornherein denkbar klein ist. Diese “take it or leave it”-Position lässt es oft als geradezu zynisch erscheinen, von einer Willensbildung beim Vertragspartner zu sprechen.

Bedenklich ist auch die durch Standardverträge mögliche *Verfälschung des Wettbewerbs*, der als Marktmechanismus dafür sorgen sollte, “dass im Spiel von Angebot und Nachfrage diejenigen Leistungen am besten honoriert werden, die den grössten Nutzen stiften”⁴⁵. Wenn nämlich ein Unternehmer mittels Freizeichnungsklauseln seine Risiken abwälzt, infolgedessen billiger anbieten kann, und sich dann Nachlässigkeiten leistet, die bei Selbsttragung der Haftung preistreibend wirkten, kann er ein falsches Bild seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit schaffen. Er erscheint noch konkurrenzfähig, obwohl andere Unternehmer zwar zu den gleichen Bedingungen kontrahieren, aber gewissenhafter arbeiten⁴⁶.

Überhaupt verbessert der *Konkurrenzkampf* die Situation des Gegenkontrahenten nicht wesentlich. Seine Verhandlungsposition wird durch das Vorhandensein verschiedener Offerten häufig nicht gestärkt, weil nur ausgesprochen fach- und rechtskundige Interessenten die Bedeutung der – wenigstens im Bereich der Computerwartungsverträge – geringen Unterschiede erfassen können und zudem das Gefühl des Ausgeliefertseins eine Ausnutzung der Wettbewerbssituation verhindert⁴⁷. Es darf auch nicht übersehen werden, dass allgemeine Geschäftsbedingungen vor allem *Nebenpunkte* regeln, der Kunde aber mehr auf die Qualität und den Preis achtet⁴⁸ und deshalb den Modalitäten wenig Beachtung schenkt. Deshalb sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Vertragsabschluss meist nicht motivierend, was zur Folge hat, dass auch der schärfste Konkurrenzkampf nicht zu einer Milderung der Konditionen führt, im Gegenteil, er führt eher – soweit dadurch Preissenkungen möglich sind – zu ihrer Verschlechterung⁴⁹.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Nachteil der Standardverträge vor allem darin liegt, dass ein Rechtsverhältnis mit methodischer Konsequenz bis an

42 Ausführlich Bauer, S. 17; Gauch/Schluep/Jäggi, N 656; Stockar, S. 11 f. Für die Datenverarbeitungsindustrie: Andrews, S. 1 ff. und Bedell-Pearce, S. 88.

43 Bauer, S. 16 Anm. 64; Forstmoser, FG Kummer, S. 104.

44 Bauer, S. 16; Nordmann, S. 29; Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 329; Forstmoser, FG Kummer, S. 105.

45 Kliege, zitiert bei Stockar, S. 15; Oesch, S. 40.

46 Stockar, S. 14 ff. unter Verweis auf Kliege; Oesch, S. 46 f.

47 Hecht, S. 54/55; auch Schuler, S. 19 ff.

48 Stockar, S. 122.

49 Ausführlich Nordmann, S. 53/54.

die Grenzen des Möglichen den besonderen Interessen der einen Seite angepasst werden kann. Die ausgewogene gesetzliche Ordnung wird für ganze Wirtschaftszweige ausser Kraft gesetzt⁵⁰ und damit zum toten Buchstaben⁵¹. Vertragsfreiheit wird so zum Recht einzelner, marktmächtiger Teilnehmer des Wirtschaftslebens, allen andern ihre einseitigen Verträge aufzuzwingen. Dies ist möglich, weil die Vertragsfreiheit nur die Chance zur Freiheit gibt, aber nichts über ihre Auswertung unter den Privaten anordnet⁵².

Im folgenden ist nun zu untersuchen, was Lehre und Rechtsprechung dagegen vorgehen, dass nicht im Rahmen der Vertragsfreiheit der Vertrag als Institut vertraglich beeinträchtigt wird⁵³.

V. Die rechtliche Behandlung der besonderen Problematik der Standardverträge

A. Die herrschende Praxis

1. Vorbemerkungen

Im Gegensatz zu andern Ländern⁵⁴ haben die Standardverträge in der Schweiz keine besondere gesetzliche Regelung erfahren. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht intensiv mit der Problematik dieser Verträge auseinandergesetzt. Haupthindernis für eine wirksame richterliche Kontrolle ist der Umstand, "dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen ihren Geltungsanspruch aus der rechtsgeschäftlichen⁵⁵ Vereinbarung ableiten" und "somit nach traditioneller privatrechtlicher Betrachtungsweise ... inhaltlich nur jener Kontrolle zu unterwerfen sind, die sich jedes Rechtsgeschäft gefallen lassen muss"⁵⁶.

Somit ist ein richterlicher Eingriff in einen Standardvertrag zunächst einmal nur im gleichen engen Rahmen möglich wie bei einem Individualvertrag. Diese Zurückhaltung erklärt sich daraus, dass der als grundsätzlich frei gedachte Vertrag als ein Kernstück des Privatrechts betrachtet wird⁵⁷. Die dem schweizerischen Privatrecht zugrundeliegende Wertordnung anerkennt den Menschen um seiner selbst willen,

50 Hecht, S. 62; vgl. auch Forstmoser, FG Kummer, S. 107.

51 Nordmann, S. 44.

52 Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 328.

53 Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 328.

54 z.B. Deutschland; vgl. Überblick über die gesetzliche Regelung bei Rehbinder, AGB, S. 36 ff.; auch Forstmoser, FG Kummer, S. 100.

55 BGE 91 II 356, 94 II 197; Auer, S. 4; Bauer, S. 7; Forstmoser, AGB, S. 14; Gauch/Schluep/Jäggi, N 663; Liver, S. 23; Merz, Kontrolle, S. 69; Nägeli, S. 4; Nordmann, S. 57; Schönenberger/Jäggi, N 476 zu OR 1; Stockar, S. 4; von Tuhr/Peter, S. 144; Überblick über Literatur und Praxis: Schuler, S. 39, 48 f., 65 ff.

56 Merz, Kontrolle, S. 69.

57 Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 317.

sie betrachtet ihn als frei und deshalb als Herr seines Schicksals⁵⁸. Daraus ergibt sich für den Bereich des Vertragsrechts, dass als Grundsatz die Vertragsfreiheit gelten muss und Schranken nur eine Ausnahme sein sollen⁵⁹. Somit ist der Eingriff des Richters in einen Vertrag nur möglich, wenn eine ausdrückliche Ermächtigung vorliegt. Die Eingriffskompetenz muss sachlich begrenzt und möglichst konkret umschrieben sein. Sie darf nicht weiter reichen, als aus dem Zweck heraus notwendig⁶⁰. Aus dem Erfordernis der ausdrücklichen Statuierung von Eingriffskompetenzen ergibt sich als selbstverständlich, dass deren Aufzählung als abschliessend gedacht ist⁶¹. Immerhin könnte der Richter als Gesetzgeber (ZGB 1 II) auch eingreifen, wo eine Ermächtigungsnorm fehlt, doch würde er in diesem Fall unter dem Etikett der Lückenfüllung eine autonome Bestimmung seines eigenen Kompetenzbereichs vornehmen⁶².

Während der Individualvertrag, der dem Gesetzgeber als Idealbild vorschwebte, durch den sich im Aushandeln des Vertragsinhalts manifestierenden Vertragsmechanismus eine gewisse Gewähr für die Richtigkeit und sachliche Angemessenheit des Resultats bietet, wird der Standardvertrag letztlich allein durch den Willen *einer* Partei geprägt⁶³. Trotz dieses fundamentalen Unterschieds wird geltend gemacht, die Parteiwillkür sei genügend begrenzt durch Treu und Glauben, das Persönlichkeitsrecht, die guten Sitten, das Übervorteilungsverbot, die Willensmängelregelung und die Nichtigkeit widerrechtlicher und unmöglicher Verträge; allenfalls sei die Praxis zu verfeinern⁶⁴. Eindringlich wird davor gewarnt, die Vertragsfreiheit noch weiter gesetzlich zu beschränken⁶⁵ oder sie zwar formell aufrechtzuerhalten, aber durch ein Überborden richterlicher Eingriffe zu zersetzen⁶⁶.

Vor diesem Hintergrund versteht sich von selbst, dass die schweizerischen Gerichte es bisher vermieden haben, unbillige allgemeine Geschäftsbedingungen einer direkten Vertragskorrektur zu unterziehen⁶⁷. Neben der Prüfung auf Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit versucht man, die Problematik der Standardverträge mittels strenger Anforderungen an die Geltungsvereinbarung (Ungewöhnlichkeitsregel) und mittels restriktiver Auslegung (Unklarheitenregel) zu bewältigen. Vereinzelt haben die Gerichte unter dem Mantel dieser rechtstechnischen Konstruktion in Verträge eingegriffen, um nicht gegen ihren eigenen Gerechtigkeitssinn entscheiden zu müssen – dies wird als indirekte Vertragskorrektur bezeichnet⁶⁸.

58 Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 323; vgl. auch Rehinder, AGB, S. 37.

59 Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 323; Widmer, S. 58.

60 Giger, richt. Eingriff, S. 319; Widmer, S. 58.

61 BGE 65 I 79; Widmer, S. 59.

62 Giger, richt. Eingriff, S. 319 f.

63 Vgl. Stockar, S. 11 f.; Forstmoser, FG Kummer, S. 105 f.

64 Giger, richt. Eingriff, S. 320; Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 331.

65 Bühler, S. 3; Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 323/25.

66 Giger, richt. Eingriff, S. 309/10.

67 Vgl. die folgenden Ausführungen.

68 Ausführlich Auer, S. 8 ff.

2. Geltungsvereinbarung und Auslegung von Standardverträgen

a) *Geltungsvereinbarung*

aa) *Grundsätzliches*

Im Prinzip könnten auch AGB zu Gewohnheitsrecht werden, sofern nämlich ihr Inhalt einer lang andauernden Übung entspricht und zudem eine *opinio necessitatis* vorliegt⁶⁹. Da ohne konstante Praxis das Bestehen einer lang andauernden Übung in der Regel verneint werden muss⁷⁰, im Bereich des Computerwartungsvertrags aber Gerichtsurteile fehlen, erübrigt sich mindestens für diese Arbeit eine weitere Prüfung der Frage, ganz abgesehen davon, dass sich bei einseitig festgesetzten AGB der Gegenkontrahent meist bewusst ist, dass er Vertragsbedingungen akzeptiert und nicht von Rechtsnormen Kenntnis nimmt⁷¹.

Was die rechtsgeschäftliche⁷² Geltung der AGB als Ausdruck der Verkehrssitte betrifft, so haben die Gerichte zum Schutz der Gegenkontrahenten vor unbilligen AGB-Klauseln an die Geltungsvereinbarung strenge Anforderungen gestellt⁷³. Auf diese Praxis ist hier nicht näher einzugehen, weil der Computerwartungsvertrag regelmässig durch Unterzeichnung des vorgedruckten Vertragsformulars zustande kommt, womit die allgemeinen Geschäftsbedingungen eindeutig übernommen worden sind⁷⁴. Zum Verhältnis zwischen Standardvertrag und davon abweichenden Abmachungen im Einzelfall ist später⁷⁵ Stellung zu nehmen.

Merz⁷⁶ weist auf eine weitere Funktion der zur Verkehrssitte aufgestiegenen allgemeinen Geschäftsbedingungen hin: Auch ohne rechtsgeschäftliche Übernahme kann die Verkehrssitte zur Auslegung und Ergänzung von Verträgen dienen. Doch werden AGB nur zur Verkehrssitte, wenn sie bei den Beteiligten auf beiden Seiten die Anerkennung von Konventionalregeln gefunden haben. Eine solche Verkehrssitte gilt auch dann, wenn sie dem Partner eines konkreten Vertrages unbekannt war⁷⁷, sofern wenigstens die andere Partei von dieser Unkenntnis nichts wusste oder wissen musste, oder dennoch zu vermuten ist, der Partner hätte sich bei Kenntnis dieser Verkehrssitte ihr unterworfen⁷⁸. Eine Anerkennung von AGB als Verkehrssitte ist schon erschwert durch ihre einseitige Festsetzung⁷⁹ und ist im Bereich der Datenverarbeitungsverträge noch nicht eingetreten⁸⁰.

69 Meier-Hayoz, N 235 zu ZGB 1.

70 Meier-Hayoz, N 250 zu ZGB 1.

71 Liver, S. 22/23; ebenso Forstmoser, FG Kummer, S. 114.

72 Im Unterschied zur sowieso fehlenden normativen Geltung von AGB im Bereich der Datenverarbeitungsverträge; vgl. Merz, Kontrolle, S. 72.

73 Auer, S. 18; Forstmoser, FG Kummer, S. 118; Merz, Kontrolle, S. 72 ff.

74 Vgl. Forstmoser, AGB, S. 14; Nägeli, S. 231 f.

75 Hinten S. 76.

76 Merz, Kontrolle, S. 72 ff.; zustimmend Jäggi/Gauch, N 403 zu OR 18.

77 Schönenberger/Jäggi, N 518 zu OR 1.

78 von Tuhr/Peter, S. 288.

79 Liver, S. 22.

80 Schluep, S. 963.

bb) *Ungewöhnlichkeitsregel*

Infolge Zeitdrucks, aus Nachlässigkeit, aus mangelnder juristischer Kenntnis, im Bewusstsein seiner Machtlosigkeit oder im Vertrauen darauf, dass sich die Vertragserfüllung ohne Leistungsstörungen vollziehen werde⁸¹, unterzeichnet der Gegenkontrahent oft das vorgelegte Vertragsformular, *ohne die einzelnen Klauseln zur Kenntnis zu nehmen* oder ohne sie in ihrer Tragweite zu erfassen. Es ist geradezu typisch für Standardverträge, dass der Erklärungswille und der bewusste Erklärungsinhalt nicht übereinstimmen⁸². Doch sogar wenn der Erklärungsempfänger erkennt, dass sein Vertragspartner die AGB nicht durchgelesen oder nicht verstanden hat, wird er durch das in der Schweiz herrschende Vertrauensprinzip geschützt⁸³. Er darf und muss die Willenserklärung so verstehen, wie sie geäußert worden ist. Wichtig ist nicht der wirkliche Willensinhalt, sondern das, was in den Augen des Empfängers als Willensäußerung erscheint oder erscheinen darf⁸⁴. Das Bundesgericht⁸⁵ hat dazu folgendes bemerkt: "Zu einer wirksamen Willenserklärung bedarf es nicht notwendig des Bewusstseins ihres Inhalts."

Gegen diese in der Schweiz herrschende Lehre wendet Hecht⁸⁶ ein, im Bereich der Standardverträge überspanne das *Vertrauensprinzip* den *Schutz des Erklärungsempfängers*. Es sei ein Widerspruch in sich selbst, wenn eine Partei ihren Gegenkontrahenten mit allen Mitteln wirtschaftlicher Übermacht, einer reichen Vertragserfahrung und einer spezialisierten Rechtsberatung zu einer Erklärung bewege, deren Nichtübereinstimmung mit dem wirklichen Willen für niemanden klarer sei als für den Erklärungsempfänger selbst, und dann für ihr angebliches Vertrauen in diese Erklärung Schutz verlange. Nägeli⁸⁷ kritisiert vor allem die herrschende Lehre und Praxis zur Unterzeichnung einer ungelesenen Urkunde: Seines Erachtens können AGB nur zum Vertragsinhalt werden, wenn der Erklärungsempfänger annehmen darf, sein Gegenkontrahent habe sie gelesen, oder wenn die Umstände den Schluss zulassen, er habe die AGB gekannt. Beide Autoren verkennen, dass nach der in der Schweiz herrschenden Erklärungs-(Vertrauens-)theorie keine Übereinstimmung zwischen Wille und Erklärung herrschen muss, sondern eine Erklärung so gilt, wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr von der Gegenseite aufgefasst werden durfte⁸⁸.

Immerhin wird in krassen Fällen diesen Bedenken Rechnung getragen durch die ebenfalls aus dem Vertrauensprinzip abgeleitete sogenannte *Ungewöhnlichkeitsregel*. Das berechtigte Vertrauen findet nämlich dort seine Grenze, wo der Erklä-

81 Nordmann, S. 5/6.

82 Bauer, S. 37; Schönenberger/Jäggi, N 460 und 462 zu OR 1; Nägeli, S. 130 f.; Schuler, S. 129.

83 Schönenberger/Jäggi, N 421 zu OR 1; differenzierter: Schuler, S. 115.

84 Oftinger, Ungelesene Urkunde, S. 267.

85 In BGE 76 I 350.

86 Hecht, S. 60 f.

87 Nägeli, S. 67 f.; zustimmend Nordmann, S. 62.

88 Ausführlich Schönenberger/Jäggi, N 181 ff. zu OR 1; BGE 101 II 55; 93 I 327 Erw. 5a.

rungsempfänger erkannt hat oder nach den Erfahrungen des Lebens vernünftigerweise hätte erkennen müssen, dass der Erklärungsinhalt in Wirklichkeit nicht gewollt war⁸⁹. In diesem Falle liegt offener Dissens vor⁹⁰. Also versagt der Schutz durch das Vertrauensprinzip dann, wenn sich der Erklärungsempfänger nicht mehr sagen darf, sein Partner sei, obschon er den Vertragstext nicht gelesen hat, doch mit einer bestimmten Klausel einverstanden⁹¹. Entscheidend ist weniger die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme⁹², als vielmehr das Wissen oder Wissenmüssen um die Ungewöhnlichkeit einer Klausel⁹³.

Der Ausdruck „*ungewöhnlich*“ ist insofern *ungeschickt* gewählt, als die Partei, welche Standardverträge verwendet, gerade von der durchschnittlichen, im dispositiven Recht festgehaltenen Regelung abweichen will und deshalb ein Verbot ungewöhnlicher Regeln die spezielle Funktion der Standardverträge verhindern würde⁹⁴. Es ist deshalb klarzustellen, dass „*ungewöhnlich*“ nur die geradezu geschäftsfremden Regeln sind, nicht aber alle unbilligen Vertragsregeln⁹⁵. Auch all jene Klauseln sind geschäftsfremd, die zwar im Kern geschäftsbezogen, aber zu weit gefasst sind⁹⁶.

Eine geschäftsfremde Klausel wird nicht etwa dadurch „*gewöhnlich*“, dass sie von vielen Kontrahenten verwendet wird⁹⁷. Auf die *Branchenüblichkeit* kommt es nicht an, soweit die Klausel geschäftsfremd und von einem bestimmten branchenfremden Gegenkontrahenten unter den gegebenen Umständen nicht zu erwarten war⁹⁸.

An die so präzierte Ungewöhnlichkeit sind *hohe Anforderungen* zu stellen⁹⁹; es muss mit Sicherheit angenommen werden können, dass die Klausel den Erwartungen der Gegenpartei widerspricht¹⁰⁰. „... Wer global zustimmt, muss immerhin eine gewisse Variationsbreite des im einzelnen nicht bedachten Inhaltes in Kauf nehmen.“¹⁰¹

Für die Geltung aller ungewöhnlichen Klauseln ist erforderlich, dass der Erklärungsempfänger annehmen durfte, der Gegenkontrahent habe der strittigen Klausel in richtiger Erkenntnis ihres Inhalts zugestimmt¹⁰², mit anderen Worten, es wird eine *Offenbarungspflicht* eingeführt, sei es, dass diese Bestimmungen im

89 Feststehende Praxis des Bundesgerichts, z.B. BGE 76 I 350.

90 Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 90.

91 Nägeli, S. 70; auch Bucher, S. 135; ausführlich Schuler, S. 116 ff.

92 BGE 100 II 209.

93 Merz, Kontrolle, S. 85.

94 Nordmann, S. 65.

95 Auer, S. 15; Merz, Kontrolle, S. 89.

96 Schönenberger/Jäggi, N 499 zu OR 1.

97 Nordmanns Kritik an der Ungewöhnlichkeitsregel (S. 66) ist insoweit verfehlt.

98 Ausführlich Nägeli, S. 170 und Schönenberger/Jäggi, N 499 zu OR 1; Jäggi/Gauch, N 472 zu OR 18; Schuler, S. 120.

99 Auer, S. 15; Forstmoser, AGB, S. 20 und FG Kummer, S. 124.

100 Merz, N 166 zu ZGB 2; Oftinger, Ungelesene Urkunde, S. 270.

101 Schönenberger/Jäggi, N 499 zu OR 1.

102 Schönenberger/Jäggi, N 501 zu OR 1.

Vertrag besonders hervorgehoben werden müssen, sei es, dass der Gegenkontrahent ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden muss¹⁰³.

Die Praxis hat bisher die Ungewöhnlichkeitsregel nicht als Ansatzpunkt für eine indirekte Vertragskorrektur benutzt. Eine Ausnahme bildet lediglich die Rechtsprechung zu vorformulierten *Gerichtsstandsklauseln*. Nach neuerer Praxis des Bundesgerichts¹⁰⁴ sind Gerichtsstandsklauseln regelmässig als geschäftsfremde und deshalb ungewöhnliche, ein verfassungsmässiges Recht einschränkende Abmachungen anzusehen. Für die Geltungsvereinbarung ist notwendig, dass der Erklärungsempfänger in guten Treuen annehmen darf, sein Gegenkontrahent habe von der Gerichtsstandsklausel Kenntnis genommen und ihre Bedeutung richtig erkannt. Besonderes Gewicht wird dabei auf den Umstand gelegt, ob der Verzichtende geschäftserfahren und rechtskundig ist oder nicht. Auf jeden Fall muss sich die Gerichtsstandsklausel an gut sichtbarer Stelle befinden, unmissverständlich formuliert sein und durch ihre drucktechnische Gestaltung hervortreten. Nur dann kann eine klare und deutliche Verzichterklärung vorliegen¹⁰⁵. Zusätzlich kann bei geschäftsunerfahrenen Kontrahenten sogar erforderlich sein, dass auf die Gerichtsstandsklausel hingewiesen und ihre Bedeutung erklärt wird¹⁰⁶.

In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass es unlogisch sei, die Gerichtsstandsklausel generell als ungewöhnlich zu bezeichnen und andere, ebenso belastende Klauseln nicht gleich zu behandeln¹⁰⁷.

Nordmann¹⁰⁸ kritisiert die *Ungewöhnlichkeitsregel* mit dem Argument, sie sei ebenso eine *Fiktion* wie schon die Überlegung, die zur Verbindlichkeit der ungelesen unterzeichneten Urkunde führe: Zuerst werde fingiert, der Unterzeichnende erkläre seinen Willen, alle Klauseln zu akzeptieren, und dann werde weiter fingiert, dieser Wille beziehe sich aber nicht auf gewisse ungünstige Klauseln. In Wirklichkeit habe er aber weder die Gesamtheit der Klauseln gewollt, noch einige davon zurückweisen wollen. Diese Kritik verkennt, dass nach der herrschenden Erklärungstheorie eine Willenserklärung so gilt, wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr von der Gegenpartei aufgefasst werden durfte, und – im Gegensatz zur Willenstheorie – nicht nur so, wie sie gewollt war¹⁰⁹.

103 BGE 91 I 14; noch weiter gehend 104 Ia 280; Auer, S. 15; Oftinger, Ungelesene Urkunde, S. 270.

104 z.B. BGE 104 Ia 280 = Pr. 67 Nr. 213.

105 Ausführlich BGE 104 Ia 280; in den Entscheiden 91 I 16 und 98 Ia 322 Erw. a hielt das Bundesgericht die Einhaltung dieser formellen Erfordernisse bei Verträgen unter Geschäftsleuten nicht erforderlich. Dagegen wurde in BGE 93 I 327 Erw. 5a ganz generell eine klare Abhebung der Gerichtsstandsklausel von den übrigen Vertragsbestimmungen verlangt und in 102 Ia 411 Erw. a eine klare Formulierung als notwendig erachtet.

106 Präzisierung der Praxis in BGE 104 Ia 280.

107 Ausführlich hinten S. 61.

108 Nordmann, S. 65.

109 Ausführlich Schönenberger/Jäggi, N 181 ff. zu OR 1; vgl. auch Widmer, S. 47 f.; auch das Bundesgericht betont (in Entscheid 93 I 327 Erw. 5a), dass die Ungewöhnlichkeitsregel nicht eine Rückkehr zur Willenstheorie beinhalte.

Abschliessend muss noch darauf hingewiesen werden, dass die Ungewöhnlichkeitsregel natürlich nur zur Unverbindlichkeit einer Klausel führen kann, wenn nicht nachgewiesen wird, dass der Gegenkontrahent der geschäftsfremden Klausel *eindeutig und bewusst* zugestimmt hat.

b) Auslegung von Standardverträgen

aa) Im allgemeinen

Standardverträge werden wie alle Verträge nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt¹¹⁰. Massgebend ist deshalb derjenige Sinn einer Klausel, den ihr der Empfänger als vernünftiger und korrekter Partner unter den gegebenen Umständen beilegen durfte und musste.

Standardverträge sind eine zusammenhängende Gesamtheit von Klauseln, die vom Verfasser her gesehen unabhängig von ihrer Verwendung in konkreten Verträgen in ihrer Bedeutung feststehen¹¹¹. Deshalb wird vereinzelt die Meinung vertreten, allgemeine Geschäftsbedingungen seien objektiv, also ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls auszulegen¹¹². In Deutschland wird diese Ansicht von der herrschenden Lehre und Praxis vertreten¹¹³. In der Schweiz hat sich die gegenteilige Ansicht durchgesetzt, „den individuellen Umständen – dies folgt aus dem Vertrauensprinzip – ist Rechnung zu tragen, unabhängig davon, ob die Vertragselemente im einzelnen ausgehandelt wurden oder ob sie von der einen Partei zum Grossteil im voraus festgelegt worden sind“¹¹⁴.

bb) Unklarheitenregel

Wenn die Auslegung eines Vertrages zu keinem eindeutigen Resultat führt, gehen Unklarheiten zu Lasten der Partei, die den Vertrag verfasst hat. Diese sogenannte Unklarheitenregel findet gerade im Gebiet der Standardverträge ihr eigentliches Anwendungsgebiet¹¹⁵. Sie entspringt dem Vertrauensprinzip: Wer einen ausschliesslich vom andern Vertragspartner verfassten Vertrag unterschreibt, soll sich darauf

110 Auer, S. 10; Forstmoser, AGB, S. 21; Jäggi/Gauch, N 464 zu OR 18; Merz, N 171 zu ZGB 2; Nordmann, S. 57 f.; Schönenberger/Jäggi, N 488/90 zu OR 1.

111 Vgl. Nordmann, S. 80.

112 Keller, Auslegung, S. 320 für die Versicherungsverträge, weil nur bei einheitlicher Auslegung die Kalkulation zuverlässig bleibe. Überblick über den Stand der Kontroverse bei Forstmoser, FG Kummer, S. 131 f.

113 Nachweise bei Schönenberger/Jäggi, N 489 zu OR 1.

114 Forstmoser, AGB, S. 21; ebenso Gauch/Schlupe/Jäggi, N 675; Jäggi/Gauch, N 466 zu OR 18; Merz, Kontrolle, S. 90 und N 171 zu ZGB 2; Schönenberger/Jäggi, N 490 zu OR 1.

115 Merz, N 172 zu ZGB 2; vgl. auch Bucher, OR, S. 135; Jäggi/Gauch, N 459 zu OR 18; Oesch, S. 31 und Zahrnt, S. 15, N 4; ablehnend: Keller, Auslegung, S. 321 und Lörtscher, S. 109 ff.

verlassen können, dass ihm nicht – bewusst oder unbewusst – Fallstricke gelegt werden¹¹⁶. Ebenso lässt sie sich ableiten aus dem Prinzip, dass der Verursacher eines Schadens die Folgen zu tragen hat¹¹⁷.

Ausschlaggebend ist derjenige Sinn einer Klausel, den ihr der jeweilige Gegenkontrahent unter den gegebenen Umständen geben durfte und musste – und nicht etwa ein objektiver Sinn. Wie bereits ausgeführt, werden Standardverträge oft ungelesen unterzeichnet. Durch das Vertrauensprinzip wird der Unterzeichner bei seiner Erklärung behaftet. Nordmann¹¹⁸ findet es deshalb merkwürdig, wenn nun geltend gemacht werde, der Unterzeichner habe eine Klausel – die er gar nicht gelesen hat! – in einem bestimmten Sinn verstanden. Wenn schon, müsste als letzte Konsequenz des Vertrauensprinzips derjenige Sinn massgebend sein, den der Verfasser der Klausel beigelegt hat. Die Kritik zielt am Problem vorbei: Für das Zustandekommen des Vertrages ist – unabhängig von einem subjektiven inneren Willen – die Erklärung so massgebend, wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr aufgefasst werden durfte¹¹⁹. Ebenso wird nun auch bei der Auslegung nicht nach einem wirklichen inneren Willen geforscht, sondern das Vertrauensprinzip begnügt sich mit dem Äusseren: Es gilt deshalb der Sinn, den der Gegenkontrahent einer bestimmten Klausel unter den konkreten Umständen beilegen durfte oder hätte beilegen dürfen, wenn er sie gelesen hätte. Es ist gleichgültig, was genau in seinem Innern vorgegangen ist. Der Verfasser der Klausel hat unter den gegebenen Umständen mit dieser Auslegung rechnen müssen und hat deshalb in Kauf zu nehmen, dass sich das Vertrauensprinzip diesmal zu seinen Ungunsten auswirkt.

Der Gegenkontrahent kann sich auf seine, dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechende Deutung berufen, auch wenn der Verfasser der AGB diese Klausel branchentypisch verstanden haben möchte, ja er kann sich sogar auf die in seinen Kreisen übliche Deutung berufen, wenn sich der die AGB verwendende Partner an diese Kreise wendet¹²⁰. Daher kann ein und dieselbe Geschäftsbedingung in verschiedenen Verträgen u.U. ganz unterschiedlich ausgelegt werden, wenn dies auch selten vorkommen dürfte¹²¹.

Der Rahmen der normalen Vertragsauslegung wird jedoch gesprengt, wenn unmissverständliche Klauseln mittels der Unklarheitenregel zugunsten des Kunden “ausgelegt” oder missverständliche Klauseln im Sinne des Kunden ausgelegt werden, obwohl seine Deutung nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht zulässig wäre¹²². An die Stelle der Auslegung tritt eine Wertung. So moniert etwa Keller¹²³ in bezug auf die allgemeinen Versicherungsbedingungen, das Bundesgericht habe

116 Merz, Kontrolle, S. 91.

117 Nordmann, S. 78; auch Jäggi/Gauch, N 459 zu OR 18.

118 Nordmann, S. 76.

119 Vorne bei Anm. 109 (S. 50).

120 Merz, N 171 zu ZGB 2.

121 Schönenberger/Jäggi, N 490 zu OR 1.

122 Auer, S. 11; Forstmoser, FG Kummer, S. 135; Jäggi/Gauch, N 457 zu OR 18; Oesch, S. 28 f.

123 Auslegung, S. 321.

bisher die Unklarheitenregel in ihrer krassesten Form angewendet, indem es "häufig eine nicht gerade auf den ersten Blick verständliche Vertragsbestimmung schlankweg so auslegte, wie der Versicherungsnehmer sie tatsächlich verstand, selbst wenn seine Deutung geradezu abwegig war". Wie Auer¹²⁴ ausführt, ist sich das Bundesgericht der Gefahr des Missbrauchs der Unklarheitenregel durchaus bewusst, hat jedoch in einigen – dort aufgeführten – Fällen der Versuchung nicht widerstehen können, aus Billigkeitserwägungen die Schranken der Auslegung zu überschreiten und korrigierend in ein Vertragsverhältnis einzugreifen, obwohl die Vertragsklauseln klar und nicht auslegungsbedürftig waren¹²⁵.

An die Unklarheitenregel schliesst sich auch der Grundsatz an, dass allgemein gefasste Regeln im Zweifel eng auszulegen sind¹²⁶ und dass Beschränkungen der Rechte des Kunden eng auszulegen sind¹²⁷.

Trotz dieser Ausführungen ist aber die Unklarheitenregel kein Allerweltsheilmittel gegen unbillige AGB-Klauseln. Denn sie kann eben doch nur eher zufällig bei Formulierungen eingreifen, bei denen eine vorhandene oder mindestens konstruierbare Unklarheit vorliegt, und dort zur verdeckten Korrektur unbilliger Bedingungen dienen. Sie manifestiert deshalb, wie Hecht¹²⁸ zutreffend feststellt, eher "den Wunsch des Richters, die günstige Gelegenheit einer ungeschickten Formulierung zu ergreifen, um an den wenig sympathischen, aber an sich unangreifbaren standardisierten Verträgen eine kleine Rache zu nehmen". Es lässt sich sogar sagen, dass die Unklarheitenregel eher in die falsche Richtung wirkt, indem sie den Redaktor von Standardverträgen nur zu noch ausgefeilteren¹²⁹, aber dennoch nicht allzu technisch formulierten, klaren und eindeutigen Regeln veranlasst¹³⁰.

3. Schranken der Vertragsfreiheit bei Standardverträgen

Wenn ein Vertrag gültig zustande gekommen und sein Inhalt durch Auslegung ermittelt worden ist, bleibt noch zu prüfen, ob er die Schranken der Vertragsfreiheit verletzt. Solche Schranken sind: das zwingende Recht, die öffentliche Ordnung, die Unmöglichkeit, die guten Sitten, das Recht der Persönlichkeit, das Übervorteilungsverbot und die Pflicht zu einem Handeln nach Treu und Glauben¹³¹. Sollte eine Klausel eines Standardvertrags diese Schranken nicht respektieren, so bleibt der Vertrag als Ganzes verbindlich und nur die betreffende Klausel ist nichtig. Denn die AGB betreffen nur den nicht individuellen Teil des Vertrags und deshalb

124 S. 12 f.

125 Vgl. auch Widmer, S. 47 f.

126 Schönenberger/Jäggi, N 497 zu OR 1.

127 Forstmoser, AGB, S. 22; Nordmann, S. 78.

128 S. 66 f.

129 Bauer, S. 55; Nordmann, S. 80; Rehbinder, AGB, S. 37.

130 Forstmoser, AGB, S. 22.

131 Merz, Kontrolle, S. 92; Oftinger, Haftpflicht, S. 468; Forstmoser, FG Kummer, S. 120 f.

ist zu vermuten, dass der Vertrag auch ohne diese sitten- oder rechtswidrige Bestimmung geschlossen worden wäre¹³².

Was die *Unmöglichkeit* und den Verstoss gegen *zwingende Normen* betrifft, ist die Lage beim individuellen und beim standardisierten Vertrag gleich. Die Praxis hat auch bei der Schranke der öffentlichen Ordnung keine speziell auf die Standardverträge zugeschnittene Judikatur entwickelt aus der Überlegung heraus, dass die öffentlichen Interessen im Obligationenrecht sowieso im Hintergrund stehen, und der Gesetzgeber, soweit er die öffentliche Ordnung gefährdet sieht, zwingende Normen erlässt¹³³.

Soweit die sich überschneidenden¹³⁴ Bereiche des Verstosses gegen die *guten Sitten* und die Verletzung des *Persönlichkeitsrechts* betroffen sind, haben die Gerichte auch hier keine gegenüber den Individualverträgen unterschiedliche Praxis zu den Standardverträgen entwickelt. Wie Merz¹³⁵ ausführt, zeigen die wenigen ergangenen Urteile, dass die Praxis bisher nicht an die besondere Natur des Standardvertrags angeknüpft hat, sondern das Urteil bei einem Individualvertrag mit gleichem Inhalt nicht anders gelautet hätte.

Im Gegensatz zu Deutschland haben die schweizerischen Gerichte auch vom Gesichtspunkt des *Monopolmissbrauchs* aus kein Instrument gegen Standardverträge entwickelt: Die Unsittlichkeit wurde bisher nur anhand des Vertragsinhalts und nicht anhand seines Zustandekommens geprüft¹³⁶. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Entscheid 94 II 208, in dem das Bundesgericht zwar die Möglichkeit anerkennt, dass durch die Art und Weise, wie eine Freizeichnung zustande gekommen ist, diese Klausel unter besonderen Umständen des Einzelfalls als unsittlich erscheinen könne. Dafür genüge aber nicht schon die blossе Tatsache, dass die Klausel im Standardvertrag eines Unternehmens stehe, das eine gewisse tatsächliche Monopolstellung habe¹³⁷. Das Bundesgericht hat hier wohl an die Fälle gedacht, in denen die Geschäftspolitik der Firmen darin besteht, bei Vertragsabschlüssen dem Kunden während der mündlichen Verhandlungen weitgehend entgegenzukommen, dann einen Standardvertrag ohne diese unbeweisbaren Zusicherungen zur Unterschrift vorzulegen¹³⁸ und sich anschliessend auf die alleinige Geltung der schriftlichen Abmachung zu berufen¹³⁹.

Beim *Übervorteilungstatbestand* wird nur geprüft, ob ein Missverhältnis der beiden Hauptleistungen vorliegt, während sich die allgemeinen Geschäftsbedingungen eben regelmässig auf die Nebenleistungen beschränken¹⁴⁰.

132 Schönenberger/Jäggi, N 510 zu OR 1.

133 Merz, FG Schönenberger, S. 153 f.

134 Genaue Differenzierung bei Bucher, OR, S. 212.

135 Merz, Kontrolle, S. 93 f.

136 Merz, Kontrolle, S. 95; ebenso Auer, S. 18.

137 Zu Unrecht kritisiert von Schraner, S. 72.

138 Beweisbare abweichende mündliche Vereinbarungen können u.U. dem Standardvertrag vorgehen, vgl. hinten S. 76 ff.

139 Vgl. das unveröffentlichte Urteil des zürcherischen Obergerichts, zitiert bei Fuchs, S. 244.

140 Ausführlich Merz, Kontrolle, S. 95–97.

Die zivilrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes verwenden ausschliesslich das Instrumentarium des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes – der Kläger muss in seiner Wettbewerbsfreiheit verletzt sein¹⁴¹ – und geben damit kaum eine zusätzliche Handhabe gegen Standardverträge. Die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen sehen zwar ein Eingreifen von Amtes wegen gegen Wettbewerbsbehinderungen vor, doch bildet ein blosses Konditionenkartell noch keine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs, soweit wenigstens ein Preiswettbewerb möglich bleibt. Höchstens eine extrem einseitige Gestaltung und sture Verwendung kartellistisch vereinbarter AGB könnten sozial und volkswirtschaftlich schädlich sein und damit einen staatlichen Eingriff provozieren¹⁴².

Der Grundsatz von *Treu und Glauben* (ZGB 2 I) hat keine vertragskorrigierende Bedeutung, sondern gibt Richtlinien für Auslegung und Ergänzung von Verträgen und führt dabei zur Ungewöhnlichkeits- und zur Unklarheitenregel. Das Rechtsmissbrauchsverbot erlaubt dagegen eine Vertragskorrektur bei zweckwidriger und interesseloser Rechtsausübung. Die unbillige Vertragsgestaltung in Standardverträgen lässt sich aber als solche nicht unter eine dieser Fallgruppen missbräuchlicher Rechtsausübung einordnen, obwohl es natürlich möglich ist, dass einzelne Standardverträge, ebenso wie auch einzelne Individualverträge, rechtsmissbräuchlich sein können¹⁴³.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die schweizerische Rechtsprechung die Schranken der Vertragsfreiheit bei Standardverträgen nicht enger setzt als bei Individualverträgen¹⁴⁴.

B. Neuere Tendenzen der Lehre zur Bewältigung der besonderen Problematik der Standardverträge

1. Vorbemerkung

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Gerichte keine speziell auf die Standardverträge zugeschnittene Praxis entwickelt haben, wenn auch gewisse Auslegungsregeln, wie die Ungewöhnlichkeits- und die Unklarheitenregel, vor allem auf die Standardverträge angewendet worden sind und hier gelegentlich nicht nur Ungewöhnliches und Unklares, sondern auch Unbilliges ausgeschaltet haben¹⁴⁵. Es ist aber offensichtlich, dass mit dieser Praxis das Hauptproblem der Standardverträge,

141 Merz, Kontrolle, S. 81.

142 Ausführlich Merz, Kontrolle, S. 78–82.

143 Merz, Kontrolle, S. 98 ff.; ebenso Auer, S. 44 ff. und Lörtscher, S. 240 ff.; a.M. Schuler, S. 162 ff.

144 Vgl. Forstmoser, FG Kummer, S. 120 Anm. 147; Lörtscher, S. 195; Schuler, S. 113.

145 Merz, FG Schönenberger, S. 157; vgl. auch Oftinger, laesio, S. 547 und Nordmann, S. 83 f.

die unbillige Gestaltung ihres Inhalts, nur in äusserst bescheidenem Ausmass gelöst werden kann¹⁴⁶.

Ein idealer Weg zur Beseitigung einseitiger Standardverträge ist die Aushandlung von Vertragsmodellen durch Vertreter der Kunden- und der Unternehmenseite¹⁴⁷. Allerdings erfordert dieses Vorgehen Kompromissbereitschaft auf beiden Seiten.

Die Doktrin hat ihrerseits einige neuartige Lösungsvorschläge für die Probleme des Standardvertrags erarbeitet. Es lassen sich vorerst zwei Gruppen unterscheiden: eine, die sich auf die Standardverträge ganz allgemein bezieht, und eine zweite, die sich nur auf die Freizeichnungsklauseln konzentriert, aber auch die Individualverträge erfasst. Mit dieser zweiten Gruppe werde ich mich weiter hinten befassen¹⁴⁸.

2. Gesetzgeberische Massnahmen

Die radikalste Lösung zur Vermeidung unbilliger allgemeiner Geschäftsbedingungen ist die Einführung einer präventiven Verwaltungskontrolle. Der schweizerische Gesetzgeber hat diesen Weg beispielsweise im Versicherungswesen beschritten. Hecht¹⁴⁹ und Nordmann¹⁵⁰ möchten eine vorgängige Kontrolle für *alle* allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenigstens soweit Nichtkaufleute davon betroffen sind¹⁵¹. Dieses Vorgehen scheint jedoch äusserst aufwendig und weder notwendig noch praktikabel¹⁵².

Eine andere Möglichkeit besteht im Erlass zwingender oder halbzwingender Normen, wie sie bereits im neuen Bürgschaftsrecht und im Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertragsrecht bestehen. Der Nachteil liegt in der Schwerfälligkeit der Gesetzgebung und in der Gefahr schematischer, in ihrer perfektionistischen Tendenz über das Ziel hinausschiessender und zu neuen Missbräuchen führender Regelungen¹⁵³.

Denkbar wäre auch die Ausweitung der Rechtskraft von Urteilen, welche Standardverträge nichtig erklären, auf alle gleichartigen Verträge, soweit sich das Urteil auch über deren Inhalt auslässt. Eine Klagelegitimation für Konsumentenverbände und ähnliche Organisationen wäre dabei sehr nützlich¹⁵⁴. Der schwächeren Partei würde die Offizialmaxime die Prozessführung erleichtern¹⁵⁵.

146 Bauer, S. 54.

147 Vgl. Forstmoser, EDV 3.1.3. und FG Kummer, S. 103.

148 7. Kapitel: Haftung

149 S. 69 f.

150 S. 125 f.

151 Nordmann, S. 8.

152 gl.M. Forstmoser, SJZ 72 (1976) S. 167 und FG Kummer, S. 119 f. und 139; Merz, FG Schönenberger, S. 158.

153 Merz, FG Schönenberger, S. 158; auch Forstmoser, AGB, S. 32; bezüglich neuer Kompetenzen für richterliche Eingriffe in den Vertrag: Giger, richt. Eingriff, S. 332 f.

154 Forstmoser, FG Kummer, S. 139.

155 Bühler, S. 104.

Überlegenswert scheint mir auch Stockars¹⁵⁶ Vorschlag einer Teilrevision des OR, wobei Art. 20 dahingehend abzuändern wäre, dass die Nichtigkeit auch Klauseln von Standardverträgen erfasst, in denen zu Lasten des Kunden ohne sachliche Rechtfertigung vom dispositiven Recht abgewichen wird. In dieser neu zu schaffenden Generalklausel sieht er eine Konkretisierung des *ordre public* und des Rechtsmissbrauchsverbots¹⁵⁶. Ebenso wären OR 100 und 101 abzuändern, indem auch der in Standardverträgen vereinbarte Haftungsverzicht für leichtes Verschulden nach Ermessen des Richters als nichtig erachtet werden könnte und die Hilfspersonenhaftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden dürfte¹⁵⁷.

3. Direkte richterliche Inhaltskontrolle

Die grössten Vorteile lägen jedoch in einer Ausweitung der richterlichen Kontrolle über die bisherige Praxis hinaus, weil die Rechtsprechung bedeutend anpassungsfähiger ist als die Gesetzgebung: ein Vorteil, der entscheidend ist in unserem Wirtschaftsleben, das geprägt ist von rasch wechselnden Bedürfnissen und der daraus fließenden Notwendigkeit, zu ihrer Befriedigung entsprechende neue Regelungen zu finden. Die bisherige Kontrolle bei Vertragsschluss und Auslegung vermag nicht zu befriedigen, weil sie Unbilliges und Unklares nur gelegentlich ausschalten kann. Wirksamer wäre erst eine direkte, offene Inhaltskontrolle¹⁵⁸. Bei Kaufleuten dürfte das Schutzbedürfnis geringer sein¹⁶⁰, wobei aber auch hier unter Ausnützung kartellistischer Marktmacht einseitige Verträge abgeschlossen werden¹⁶¹. Im folgenden sollen nun die von der Lehre bisher aufgezeigten neuen Ansatzpunkte für eine direkte Inhaltskontrolle dargestellt werden.

a) Aufsetzen eines Standardvertrags als Ausübung eingeräumten Ermessens

Eine Möglichkeit zur direkten richterlichen Korrektur unbilliger Standardverträge sehen Merz¹⁶² und Auer¹⁶³ – im Anschluss an ähnliche Bestrebungen in Deutschland vor Erlass des AGB-Gesetzes von 1977 – in einer Generalisierung des OR 71 II zugrundeliegenden Gedankens. OR 71 bestimmt, dass bei Gattungsschulden die Auswahl der zu leistenden Sache dem Schuldner zusteht, wobei er aber – wie

156 Stockar, S. 83 ff.

157 Stockar, S. 108 f.; vgl. auch Forstmoser, FG Kummer, S. 139.

158 Stockar, S. 115.

159 Ausführlich Merz, FG Schönenberger, S. 160; ebenso Auer, S. 63 ff.; Bauer, S. 30 f.; Forstmoser, FG Kummer, S. 138 ff.; Stockar, S. 54 ff.; a.M. Nordmann, S. 90 und 122 f.

160 Bühler, S. 4 ff.; Merz, FG Schönenberger, S. 160; Nordmann, S. 8.

161 Merz, FG Schönenberger, S. 160.

162 Merz, N 177 f. zu ZGB 2.

163 Auer, S. 58 ff.; vgl. dazu auch Schönenberger/Jäggi, N 498 zu OR 1.

Abs. 2 festhält – nicht Ware unter mittlerer Qualität anbieten darf. Dieser Spezialvorschrift liegt ein allgemeines Prinzip zugrunde, das die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens zur Vertragsgestaltung an die Billigkeit bindet¹⁶⁴. Merz¹⁶⁵ führt als weitere Stütze für diese Ansicht das Rechtsmissbrauchsverbot und das Verbot zu weitgehender Preisgabe der Selbstbestimmung (ZGB 27 II) an, Auer¹⁶⁶ den Art. 212 I OR, wonach bei einer Bestellung ohne Preisfestlegung der mittlere Marktpreis gelten soll – eine Norm, die sowohl den durchschnittlichen Parteiwillen beinhaltet, als auch Ausdruck der Gerechtigkeit ist¹⁶⁷.

Bei der einseitigen Gestaltung eines Standardvertrags liegt eine ähnliche Situation vor: Der Gegenkontrahent ist durch Umstände, die ausserhalb seiner Kontrolle liegen, gehalten, dem Partner die Vertragsgestaltung zu überlassen. Deshalb soll er sich auf eine billige Ausübung dieser Befugnis verlassen dürfen, gleich wie wenn er vertraglich dem Partner ein Gestaltungsrecht eingeräumt hätte¹⁶⁸. Billig ist eine Gestaltung, die dem nach Treu und Glauben zu Erwartenden entspricht¹⁶⁹. Die Praxis ist dieser Argumentation bisher nicht gefolgt¹⁷⁰.

Zu Recht wendet Stockar¹⁷¹ gegen diese Ansicht ein, es müsse klar unterschieden werden zwischen dem nach Vertragsschluss ausgeübten Ermessen zur Gestaltung eines bewusst offengelassenen Punkts und der Aufstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen, die bei Vertragsschluss vorliegen und bei denen der Kunde mindestens erkennen *kann*, was ihn erwartet. Zudem müssten dann auch diskussionslos akzeptierte Teile eines Individualvertrags der gleichen Inhaltskontrolle unterworfen werden, obwohl sie unter ganz andern Umständen abgeschlossen worden sind.

Auch Merz selbst gibt indirekt zu, dass die Aufstellung eines Standardvertrags und die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens etwas Verschiedenes sind, indem er einerseits betont, dass sich die unbillige Vertragsordnung im Standardvertrag als solche keiner Fallgruppe der missbräuchlichen Rechtsausübung zuordnen lässt¹⁷², andererseits aber ausführt, das OR 71 II zugrundeliegende Verbot unbilliger Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens ergebe sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot¹⁷³.

164 Meier-Hayoz, N 25 zu ZGB 4.

165 Merz, N 178 zu ZGB 2.

166 Auer, S. 58.

167 Bucher, *Mélanges Deschenaux*, S. 261; vgl. auch vorne S. 43.

168 Auer, S. 61.

169 Auer, S. 62.

170 Merz, *Kontrolle*, S. 100.

171 S. 100 f.; ebenfalls ablehnend mit ausführlicher Begründung: Schuler, S. 150 ff.

172 Merz, *Kontrolle*, S. 99 f.

173 Merz, N 178 zu ZGB 2.

b) *Missbrauch der Vertragsfreiheit als Grundlage einer direkten richterlichen Inhaltskontrolle*

Angesichts der Missstände im Gebiet der Standardverträge¹⁷⁴, die zu einer weitgehenden Aufhebung der Vertragsfreiheit in bedeutenden Teilen des Wirtschaftslebens geführt hätten¹⁷⁵, postuliert Bauer¹⁷⁶ eine direkte richterliche Kontrolle für Standardverträge aufgrund des Missbrauchs der Vertragsfreiheit. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass das zu korrigierenden Eingriffen in Verträgen geeignete Rechtsmissbrauchsverbot (ZGB 2 II) nach herrschender Lehre nur bei zweckwidriger oder interesseloser Rechtsausübung anwendbar ist und sich die unbillige Vertragsgestaltung in Standardverträgen als solche nicht in eine dieser Fallgruppen einordnen lässt¹⁷⁷.

c) *Vermehrte Anwendung des Übervorteilungsverbots*

Ein möglicher Ansatzpunkt für eine direkte richterliche Vertragsinhaltskontrolle könnte auch im Übervorteilungsverbot (OR 20) liegen. Bei der Prüfung der Frage, ob ein *offenbares Missverhältnis* vorliegt, wurden bisher nur die beiden Hauptleistungen miteinander verglichen¹⁷⁸. Die verlangte Gegenleistung kann dabei auch mit einem ortsüblichen Preis verglichen werden unter Berücksichtigung des Risikos im konkreten Fall¹⁷⁹. Massgebend soll der geschätzte objektive Wert der Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses sein¹⁸⁰. Dem Übervorteilungsverbot würde ein weiterer Anwendungsbereich eröffnet, wenn bei der Abwägung der Leistungen auch die Modalitäten – die Hauptgegenstand der Standardverträge sind – einbezogen würden. Der Wert einer Leistung kann sich z.B. entscheidend vermindern, wenn bei Leistungsstörungen die gesetzliche Haftungsordnung nicht oder nicht voll zur Anwendung kommt, weil sich der Schuldner ganz oder teilweise freigezeichnet hat. Deshalb möchten verschiedene Autoren auch die Nebenleistungen in die Leistungsbewertung einbeziehen¹⁸¹.

Objektive Voraussetzung eines richterlichen Eingriffs ist das Vorliegen eines offenbaren, jedermann ins Auge fallenden, krassen Missverhältnisses¹⁸². Solche *Extremfälle* dürften wohl nur selten durch unbillige Modalitäten in Standard-

174 Vgl. vorne S. 42 ff.

175 Bauer, S. 19–30.

176 S. 72; vgl. dazu auch Oesch, S. 98 ff.

177 Ausführlicher vorne S. 53 ff.; a.M. Schuler, S. 162 ff.

178 z.B. BGE 85 II 412, 92 II 170 Erw. 2–4.

179 Vgl. Becker, N 1 zu OR 21; Oser/Schönenberger, N 4 und 6 zu OR 21.

180 von Tuhr/Peter, S. 344.

181 Lörtscher, S. 229 ff.; Merz, Kontrolle, S. 97; Oftinger, laesio, S. 548 f.; zustimmend Bucher, OR, S. 136.

182 Oftinger, laesio, S. 538 f.; Oser/Schönenberger, N 7 zu OR 21; Stark, S. 381 ff.

verträgen verursacht werden¹⁸³. Zum Vorgehen führt Lörtscher¹⁸⁴ aus, dass der Richter z.B. bei Freizeichnungsklauseln zur Bemessung des objektiven Werts der Leistung die Höhe der Versicherungsprämie einzuberechnen hat und, soweit das abgewälzte Risiko nicht versicherbar ist, die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung und die Grösse eines möglichen Schadens abschätzen muss. Wenn dies auch im Einzelfall schwierig sein mag, so liegt darin dennoch – entgegen Stockars¹⁸⁵ Meinung – kein Grund gegen die Einbeziehung der Modalitäten zur Ermittlung eines Missverhältnisses, weil auch die Festlegung des Werts einer Hauptleistung oft nur ein Ermessensentscheid sein kann¹⁸⁶. Auch wenn die Modalitäten nur *eventuelle* Leistungsstörungen betreffen und deshalb das Ungleichgewicht nur potentieller Art ist, so kann eben doch eine Leistung durch umfangreiche Freizeichnungsklauseln als minderwertig erscheinen, und zwar nicht erst im nachhinein, wie Nordmann¹⁸⁷ meint, sondern ab initio.

Das subjektive Erfordernis der *Ausbeutung der Unerfahrenheit* hat die neuere Praxis bereits dahingehend gedeutet, dass es nicht einer allgemeinen Unfähigkeit, ein bestimmtes Geschäft richtig zu würdigen, bedürfe, sondern es genüge das Verkennen der Tragweite eines konkret vorgeschlagenen Geschäfts, denn “das Gebiet der allgemeinen Erfahrungheit” werde “mit der fortschreitenden Entwicklung mehr und mehr eingeengt”¹⁸⁸. Somit wäre es möglich, die intellektuelle, organisatorische und psychologische Überlegenheit des einen Vertragspartners zu berücksichtigen¹⁸⁹.

Stockars¹⁹⁰ Einwand, mit der Qualifikation einer aufgrund eines Standardvertrags erbrachten Leistung als Übervorteilung sei dem Gegenkontrahenten nicht geholfen, weil dann der ganze Vertrag dahinfalle, ist insoweit zutreffend, als die praktische Bedeutung von OR 21 bei möglicher Rückerstattung der Leistungen – wie Stark¹⁹¹ betont – ganz generell von der *Möglichkeit der Teilanfechtung* (quantitative Teilnichtigkeit) abhängt. Die heute wohl herrschende¹⁹² Meinung bejaht die Möglichkeit der Herabsetzung auf das zulässige Mass¹⁹³ – im Gegensatz zur älteren Lehre¹⁹⁴. Die Praxis des Bundesgerichts zeigt zu dieser Frage keine klare

183 gl.M. Nordmann, S. 72 und für die Datenverarbeitungsverträge der grösseren Firmen im allgemeinen Forstmoser, EDV 3.1.4.

184 Lörtscher, S. 231 f.

185 Stockar, S. 101.

186 Vgl. Stark, S. 380 und dort angegebene Beispiele.

187 Nordmann, S. 71 ff.

188 BGE 92 II 176 Erw. 5a; anders 41 II 579, wobei aber die Umstände dieses Falles zu beachten sind; vgl. Stark, S. 384.

189 Ausführlich Merz, Kontrolle, S. 96 ff.

190 Stockar, S. 101 f.

191 Stark, S. 396; auch Merz, Kontrolle, S. 106.

192 Stark hält sie für die Minderheitsmeinung; a.M. Gauch/Schlupe/Jäggi, N 387; von Tuhr/Peter, S. 346.

193 Bucher, OR, S. 208; v. Büren, OR I, S. 228 f.; Gauch/Schlupe/Jäggi, N 387; Guhl/Merz/Kummer, S. 69; Oftringer, laesio, S. 552 f.; Stark, S. 393 ff.; von Tuhr/Peter, S. 346.

194 Vgl. die bei von Tuhr/Peter, S. 346, N 13a zitierten Autoren.

Linie¹⁹⁵. Was die Herabsetzung betrifft, stellt Oftinger¹⁹⁶ fest, dass die heutige Praxis die Tendenz habe, von den subjektiven Voraussetzungen einer Reduktion in OR 20 II ("sobald nicht anzunehmen ist, dass er (der Vertrag) ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre") abzusehen, wobei dann aber nicht mehr OR 20 II, sondern eine vom Richter geschaffene Rechtsregel angewendet werde.

Das entscheidende Hindernis für eine vermehrte Anwendung des Übervorteilungstatbestandes auf unbillige Standardverträge dürfte in der Tatsache liegen, dass diese Verträge im voraus für eine unbestimmte Anzahl von Rechtsgeschäften aufgesetzt werden. Zu diesem Zeitpunkt kennt aber der den Vertrag aufsetzende Unternehmer seine zukünftigen Kunden noch nicht; er kann unmöglich wissen, ob er es dereinst mit erfahrenen oder unerfahrenen Kontrahenten zu tun haben wird. Unter diesen Umständen erscheint es mir *unmöglich, von einer bewussten Ausbeutung eines Vertragspartners zu sprechen*¹⁹⁷.

d) *Ausweitung der Ungewöhnlichkeitsregel*

Wie vorne bereits dargelegt wurde¹⁹⁸, besteht der Unterschied zwischen Individual- und Standardverträgen darin, dass der Standardvertrag vorformuliert wird. Es ist deshalb zu vermuten¹⁹⁹, dass der Gegenkontrahent dem fertig vorgelegten Vertrag nicht in richtiger Erkenntnis seines Inhalts zustimmt (Vollerklärung), sondern, ohne sich die einzelnen Klauseln zu überlegen oder sogar ohne sie überhaupt gelesen zu haben, seine Zustimmung äussert (Globalerklärung)²⁰⁰.

Diesem *Missverhältnis zwischen Erklärung und Geschäftswillen* trägt die Ungewöhnlichkeitsregel Rechnung, indem sie zur Folge hat, dass nicht zu erwartende (ungewöhnliche) Klauseln nur dann als vereinbart gelten, wenn ihnen in bewusster Erkennung ihres Inhalts zugestimmt worden ist.

Darüber hinausgehend betrachtet die Praxis nun den formularmässigen Verzicht auf den eigenen *Gerichtsstand* als regelmässig geschäftsfremd und deshalb ungewöhnlich²⁰¹. Von der Doktrin wird darauf hingewiesen, dass es unlogisch sei, die Gerichtsstandsklauseln immer als ungewöhnlich zu bezeichnen, nicht aber ebenso einschneidende Freizeichnungsklauseln²⁰².

Einzelne Vertreter der Lehre möchten diese Rechtsprechung deshalb ausdehnen auf alle *freiheitsbeschränkenden* Klauseln, welche die Rechtswahrung als solche beschränken, also auch für Schiedsgerichtsvereinbarungen, Beweislastumkehr und

195 Ausführliche Darstellung bei Stark, S. 397.

196 Bundesgerichtspraxis, S. 82 und laesio, S. 550, 552.

197 gl.M. Nordmann, S. 71 f.

198 Vorne S. 45 ff.

199 Schönenberger/Jäggi, N 468 zu OR 1.

200 Ausführlich Schönenberger/Jäggi, N 460 ff. zu OR 1 und Schuler, S. 126 ff.

201 Vorne S. 50 ff., vor allem auch Anm. 105.

202 Merz, Kontrolle, S. 87; Nordmann, S. 36.

Verrechnungsverzicht²⁰³. Oder die erhöhten Anforderungen an die Geltungsvereinbarung sollten überhaupt auf *alle schwerwiegenden Standardvertragsklauseln* angewendet werden²⁰⁴. Jede Abweichung vom dispositiven Recht, die sich nicht durch die Eigenart des betreffenden Einzelvertrags oder Vertragstyps begründen lässt, ist nur bei bewusster Zustimmung gültig vereinbart²⁰⁵.

Jäggi²⁰⁶ begründet die erhöhten Anforderungen an die Geltungsvereinbarung für freiheitsbeschränkende Klauseln mit der *persönlichen Freiheit*. Nordmann²⁰⁷ hält dem entgegen, dass sich nach herrschender Lehre und Praxis²⁰⁸ die Verletzung des Persönlichkeitsrechts aus dem Inhalt des Vertrags und nicht aus den Umständen seines Abschlusses ergeben muss. Lörtscher²⁰⁹ begründet seine Ablehnung von Jäggis These mit dem Argument, die Irrtumsregeln von OR 23 ff. enthielten eine abschliessende Regelung für die Fälle, in denen eine Diskrepanz zwischen dem Geschäftswillen und der Erklärung vorliege.

De lege lata ist für Forstmoser²¹⁰ eine zusätzliche Schranke für Standardverträge schwer zu rechtfertigen. Die restriktive Praxis zu den Gerichtsstandsvereinbarungen finde ihre Begründung im Bestreben, ein in der Bundesverfassung genau umschriebenes Recht – nämlich das *Recht auf den Wohnsitzrichter* (BV 59) – zu wahren. Diese Besonderheit fehle bei andern Rechten, die durch Standardverträge wegbedungen würden.

Diesen Autoren ist zu entgegnen, dass sich die erhöhten Anforderungen an die Geltungsvereinbarung – sowohl für freiheitsbeschränkende als auch für unbegründet vom dispositiven Recht abweichende Klauseln – durch das *Vertrauensprinzip* begründen lassen. Auch das Bundesgericht sieht in den Gerichtsstandsklauseln in erster Linie geschäftsfremde und damit ungewöhnliche Klauseln, für deren Beurteilung das Vertrauensprinzip massgebend ist. Es betrachtet den Umstand, dass sie ein verfassungsmässiges Recht beschränken, eher als Nebensache²¹¹ und erwähnt die persönliche Freiheit und die Irrtumsregeln überhaupt nicht.

Auszugehen ist davon, dass Standardverträge vor allem vom Willen ihres Verfassers geprägt sind und der Gegenpartei nichts anderes übrigbleibt, als dem Vertragswerk mehr oder weniger willig zuzustimmen. Das Vertrauensprinzip schützt zwar das Vertrauen des Erklärungsempfängers in die erhaltene Erklärung, aber nur insoweit, als sie *nach Treu und Glauben als Äusserung des Willens des Gegenkontrahenten verstanden werden durfte und musste*. Bei Standardverträgen ist dabei zu be-

203 Schönenberger/Jäggi, N 504 zu OR 1; ebenso Bucher, OR, S. 135; Jäggi/Gauch, N 474 zu OR 18 und Schuler, S. 124.

204 Merz, FG Schönenberger, S. 149; zustimmend Bucher, OR, S. 135; auch Oesch, S. 33 f. für Freizeichnungsklauseln.

205 Schönenberger/Jäggi, N 508 zu OR 1; ebenso Bucher, OR, S. 135; Jäggi/Gauch, N 475 zu OR 18; Schuler, S. 125 ff.

206 Schönenberger/Jäggi, N 500 zu OR 18.

207 Nordmann, S. 85 ff.

208 Ausführlich Merz, Kontrolle, S. 93 f.

209 Lörtscher, S. 224 f.

210 Forstmoser, AGB, S. 20 und FG Kummer, S. 126.

211 Vgl. die Formulierung in BGE 104 Ia 280 = Pr. 67 Nr. 213, ebenso 98 Ia 321 und 94 II 63.

achten, dass der Gegenkontrahent bei Vertragsschluss oft nicht in der Lage ist, die vorformulierten, meist umfangreichen, abstrakt gefassten und eine Fülle von Einzelpunkten unterschiedlichen Gewichts regelnden Geschäftsbedingungen sorgfältig zu lesen, ihren Zusammenhang zu erfassen und ihre möglichen Auswirkungen gerade für das konkret abzuschliessende Rechtsgeschäft sachgerecht abzuschätzen²¹².

Bei Klauseln, die den Gegenkontrahenten unbegründet belasten, müssten sich nun gerade dem Erklärungsempfänger, der diese Klauseln verfasst hat, *erhebliche Zweifel* aufdrängen, ob der Gegenkontrahent dieser Klausel mit seiner Erklärung wirklich zustimmen wollte. Zu Recht bemerkt etwa Nordmann²¹³, dass das erlangte Vertrauen nicht legitim sei, wenn der Erklärungsempfänger die Vorteile, die ihm der Standardvertrag bringe, dazu missbrauche, eine Zustimmung zu ungewöhnlichen oder geschäftsfremden Klauseln zu erlangen. Das Vertrauensprinzip kann einen Erklärungsempfänger nur dann schützen, wenn sein Vertrauen berechtigt ist. Diese Berechtigung dürfte aber immer dann fehlen, wenn eine unbegründet vom dispositiven Recht abweichende, den Gegenkontrahenten belastende Klausel in einen Standardvertrag eingebaut ist, es sei denn, der Empfänger beweise das Gegenteil. Deshalb ist es zutreffend, alle Standardvertragsklauseln, die unbegründet vom dispositiven Recht abweichen und den Gegenkontrahenten belasten, generell als ungewöhnlich zu bezeichnen und der Partei, welche die AGB verwendet, eine Offenbarungspflicht²¹⁴ aufzuerlegen.

Fuchs²¹⁵ Einwand, dieses Resultat sei ungerecht, weil damit der Gegenkontrahent, der sich erfolglos gegen eine Klausel gewehrt habe, schlechtergestellt sei als derjenige, der einen Standardvertrag unüberlegt unterschrieben habe, lässt sich bei der Ungewöhnlichkeitsregel generell vorbringen und zeigt nur, wie *unbefriedigend und zufällig* der Schutz vor unbilligen allgemeinen Geschäftsbedingungen ist. Auch wenn sich die Bestrebungen der neueren Doktrin durchsetzten, könnte nämlich der Richter nur eingreifen, wenn der Gegenkontrahent einer Klausel nicht eindeutig und in voller Erkenntnis ihrer Tragweite zugestimmt hat.

VI. Zusammenfassung

Obwohl auf dem Gebiet der Standardverträge die Vertragsfreiheit oft missbraucht wird zur Schaffung einseitiger, unbilliger Verträge²¹⁶, ist auf juristischem Weg gegen solche Verträge wenig auszurichten. Die Gerichte versuchen, der Problematik Herr zu werden mittels strenger Anforderungen an die Geltungsvereinbarung (Ungewöhnlichkeitsregel) und restriktiver Auslegung (Unklarheitenregel), wobei sie ver-

212 Zahrnt, S. 15, N 4.

213 Nordmann, S. 64.

214 Vgl. Oftinger, Ungelesene Urkunde, S. 270; vorne S. 48 ff.

215 Fuchs, S. 251.

216 Vorne S. 42 ff.

einzelnt auch eine indirekte Vertragskorrektur vornehmen²¹⁷. Die Schranken der Vertragsfreiheit sind für Standardverträge gleich wie für Individualverträge und bieten deshalb keine zusätzliche Handhabe²¹⁸. Von den in der Literatur vorgeschlagenen Lösungen überzeugt de lege lata nur das Postulat, die Ungewöhnlichkeitsregel auf alle Klauseln anzuwenden, die in unbegründeter Abweichung vom dispositiven Recht den Gegenkontrahenten belasten²¹⁹.

Wenn man sich vor Augen hält, dass allgemeine Geschäftsbedingungen meist nur Modalitäten regeln und deshalb unbillige Klauseln nur selten wirklich zur Anwendung kommen, so ist das Problem damit noch lange nicht gelöst. Es ist verfehlt, zu behaupten, die Literatur zu den Standardverträgen sei gekennzeichnet durch eine Dramatisierung der Wirklichkeit²²⁰. Auch wenn – gerade im Gebiet der Datenverarbeitung – katastrophale Fehlleistungen durchaus nicht die Regel sind, so können doch kleine, triviale Leistungsstörungen beträchtliche Unannehmlichkeiten schaffen²²¹. Schon das blosse Bestehen unbilliger Klauseln bedeutet deshalb eine latente Gefahr für die betroffene Partei²²².

Auf dem Gebiet der Datenverarbeitung ist allerdings der Kunde in einer wesentlich besseren Position als der Durchschnittskonsument in andern Wirtschaftsbereichen. Die meisten Computerhersteller betrachten ihre Beziehung zu einem Kunden nicht als mit der Auslieferung des gekauften Computers beendet, sondern streben eine fortdauernde Partnerschaft an, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie sich weitere Geschäfte für die Zukunft sichern wollen²²³. Ein geschickter Kunde wird diese Situation ausnutzen und bessere Leistungen erhalten, als ihm gemäss Vertrag zustehen würden.

217 Vorne S. 47 ff.

218 Vorne S. 53 ff.

219 Vorne S. 61 ff.; gl.M. Jäggi/Gauch, N 475 zu OR 18.

220 Bühler, S. 1.

221 Bedell-Pearce, S. 93.

222 Nordmann, S. 26.

223 Bedell-Pearce, S. 89; Forstmoser, EDV 4.1. und 4.2.; Kaye, S. 76.

2. Kapitel

Der Vertragsabschluss

I. Die Wahl der Wartungsfirma

Bevor der Benutzer einer Anlage überhaupt einen Wartungsvertrag abschliessen kann, muss er sich im klaren sein, wer seine Geräte warten soll. Es stehen ihm dabei drei Möglichkeiten offen: Entweder schliesst er einen Wartungsvertrag ab mit dem Hersteller der betreffenden Geräte, oder er überträgt die Wartung einer unabhängigen Wartungsfirma, oder er lässt seine Anlage durch eigene, speziell ausgebildete Angestellte warten.

A. Wartung durch den Hersteller

Die traditionelle Lösung des Wartungsproblems besteht im Abschluss eines Wartungsvertrags mit dem Hersteller. Daneben kann der Kunde aber auch auf den Abschluss eines Wartungsvertrags verzichten und vom Hersteller nur eine Wartung auf Material- und Zeitbasis verlangen. Er bezahlt dann nur die effektiven Kosten der Wartung seiner Anlage. Der Nachteil dieses Vorgehens liegt darin, dass die Wartungskosten variieren und plötzlich notwendige teure Reparaturen dann das Budget erheblich belasten, während die Kosten nach Abschluss eines Wartungsvertrags im voraus feststehen und deshalb für jedes Jahr genau budgetierbar sind.

Die Wartung durch den Hersteller hat verschiedene Vorteile. Vor allem ist der Hersteller bestens vertraut mit den von ihm entwickelten Maschinen; es stehen ihm auch die speziell für diese Geräte geeigneten Diagnosehilfen zur Verfügung und der Ersatzteilnachschub ist für den Hersteller kein Problem¹.

Schwierigkeiten tauchen erst auf bei Benutzung von mixed hardware – das ist ein System mit Maschinen verschiedener Hersteller. Anfänglich wurden Zentraleinheit, Peripherie, Software und alles relevante Zubehör vom gleichen Hersteller geliefert. Immer ausgefalleneren Wünschen der Anwender bewirkten eine Nachfrage nach neuen Typen von Hard- und Software, die nicht immer vom etablierten Hersteller befriedigt wurde. Diese Chance wurde von neuen, kleineren Fabriken ergriffen, die bald gleich gute oder sogar bessere Peripheriegeräte zu einem billigeren Preis liefern konnten und zugleich dem Anwender ermöglichten, ein für seine Bedürfnisse massgeschneidertes System zusammenzustellen². Voraussetzung ist allerdings, dass diese fremden Peripheriegeräte kompatibel sind, d.h. dass sie ohne Schwierigkeiten zusammen mit der in Frage stehenden Zentraleinheit verwendet

1 Dostalek, a.a.O.; ausführliche Darstellung hinten S. 83 ff.

2 Ausführlich Eastwell, S. 27 ff.; Gibson, S. 2 ff.; Procter, S. 30.

werden können. Nur dann kann ein Peripheriegerät des Herstellers der Zentraleinheit problemlos durch Maschinen anderer Hersteller ersetzt werden³.

Sobald aber ein Anwender ein System mit mixed hardware besitzt und die Geräte durch den Hersteller gewartet werden, hat er es bei Störungen plötzlich mit einer Vielzahl von Wartungsfirmen zu tun. Er wird nun versuchen, das störende Gerät ausfindig zu machen und dann dessen Hersteller benachrichtigen. Damit ist dem Anwender aber noch nicht geholfen. Der herbeigerufene Wartungstechniker kann sich nämlich auf den Standpunkt stellen, das Gerät eines andern Herstellers hätte den Ausfall verursacht⁴. Dieses Spiel kann nun beliebig fortgesetzt werden, denn kein Hersteller wartet das Gerät einer andern Herstellerfirma⁵. Solche Streitigkeiten werden immer mehr zum Alltag der Computerbenutzer gehören, da das Durchschnittssystem in Zukunft immer öfter ein System mit mixed hardware sein wird⁶. Deshalb hätte der Anwender bei Auftreten einer Störung ein vitales Interesse, nur mit *einer* Wartungsfirma in Verbindung treten zu müssen, die dann aber für das ganze System verantwortlich wäre.

Hiebei hat der Anwender nun zwei Möglichkeiten: Entweder schliesst er keinen Wartungsvertrag ab und bildet ein eigenes Wartungsteam aus, oder er lässt die Wartung durch eine unabhängige Wartungsfirma vornehmen.

B. Wartung durch ein eigenes Wartungsteam

Voraussetzung für die Wartung durch eigenes Personal ist natürlich eine gute Ausbildung. Eine gute Einarbeitung der Wartungstechniker entlastet die besser qualifizierten Ingenieure. Stetes Studium ermöglicht ein jederzeit aktuelles Wissen über möglichst viele Zusammenhänge und dann können auch selten auftretende Fehler schneller erkannt und behoben werden. Zudem muss eine enge Zusammenarbeit mit der Herstellerfirma vereinbart werden; gewisse Störungen werden überdies den Beizug der Wartungstechniker des Herstellers erforderlich machen.

Die Eigenwartung hat einige Vorteile⁷. Die einzelnen Mitarbeiter des Wartungsteams sind mehr interessiert am Funktionieren "ihres" Computers. Bei einer Störung vergeht keine Zeit bis zum Eintreffen des Wartungspersonals, weil das Team schon am Platz ist. Die genaue Kenntnis der Anlage ermöglicht den Anschluss von Sondergeräten, die vom Hersteller nicht standardmässig vorgesehen sind oder als Geräte fremder Firmen sowieso meist nicht angeschlossen werden. Die Wartungsprobleme bei Sondergeräten mit Anschlusselektronik – das sind Geräte fremder Firmen –

3 Vgl. Fuchs, S. 30 ff.

4 Vgl. Computer Weekly, vol. 20 (1976), no. 490, p. 16: "The problems of mixed hardware".

5 Eastwell, S. 27 ff.; Gibson, S. 2 ff.; Neal, S. 16 ff.; vgl. auch Anhang III (alle Verträge), S. 146 ff.

6 Procter, S. 30.

7 Ausführlich Dostalek, a.a.O.; Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

treten nicht auf, da die Schuld an der Störung nicht von einer Firma auf die andere abgeschoben werden kann. Eine besondere Schwierigkeit, die ebenfalls ausgeschaltet wird, ist die Frage, ob ein Fehler von der Hardware oder der Software herrührt. Oft meint nämlich der Wartungstechniker, es liege kein Hardwarefehler vor, und die Systemprogrammierer behaupten gleichzeitig, es liege kein Programmierungsfehler vor⁸. Gerade innerhalb eines Betriebs können nun durch intensive Zusammenarbeit Kenntnisse der Systemprogramme und der Einzelheiten des technischen Aufbaus kombiniert werden; damit werden selbstentworfenen Diagnoseprogramme möglich, welche die Störzeit erheblich verringern. Last but not least sind bedeutende finanzielle Einsparungen möglich⁹.

Die Eigenwartung ist allerdings nur in bestimmten Einzelfällen möglich, weil das System eine gewisse Grösse haben muss, um den Aufbau eines eigenen Wartungsteams rentabel zu machen.

C. *Wartung durch eine unabhängige Wartungsfirma*

Von Herstellern unabhängige Wartungsfirmen entstanden aus *verschiedenen Gründen*: aus den Wartungsproblemen bei mixed hardware¹⁰, aus der Weigerung der Hersteller, fremde Geräte zu warten¹¹, aus dem Unvermögen kleiner Hersteller, eine eigene, möglichst viele Gebiete abdeckende Wartungsorganisation aufzuziehen¹², aus der Entwicklung des Computerleasings durch unabhängige Finanzgruppen¹² und aus der Zurückhaltung gewisser Hersteller, die Wartung ihrer alten Geräte zu garantieren, die bis zur Verweigerung der Wartung geht¹³.

Die Mitarbeiter der unabhängigen Firmen kommen meist von *Wartungsteams der grossen Hersteller* und haben in diesem Zeitpunkt gleiche Kenntnisse wie die Wartungstechniker der Herstellerfirmen¹⁴. Allerdings muss auf die Weiterbildung besonderes Gewicht gelegt werden; die Mitarbeiter der Unabhängigen sollten möglichst viele Systeme möglichst vieler Firmen kennen¹⁵. Dabei wird sich allerdings jede Firma auf die Wartung von Maschinen bestimmter Hersteller spezialisieren müssen, da es schon aus finanziellen Gründen unmöglich ist, ein Wartungsteam aufzubauen, das annähernd alle Systeme der wichtigsten Hersteller kennt.

Da die Unabhängigen nur von Wartungsgebühren leben, sind sie auch gezwungen, besonders hart und gewissenhaft zu arbeiten¹⁶.

8 Procter, S. 30.

9 Hieber/Rzehak (S. 237) kommen bei "ihrer" Anlage auf eine Ersparnis von über 50%.

10 Vgl. vorne S. 65.

11 Neal, S. 16; vgl. Anhang III (alle Verträge), S. 146 ff.

12 Gibson, S. 2.

13 Timperley, S. 46.

14 Eastwell, S. 27 ff.

15 Neal, S. 16.

16 Vgl. Eastwell, S. 27 ff.

Die Vorteile der Wartung durch eine Drittfirma sind zahlreich: Einmal hat es der Benutzer eines Systems mit mixed hardware im Idealfall nur mit *einer* Wartungsfirma zu tun, die *alle* Geräte wartet und Fehler nicht auf eine andere Firma ab-schieben kann.

Für den kleinen Hersteller ermöglichen die Unabhängigen den *Zugang zu einem grösseren Markt*; die kleineren Hersteller liefern ja nicht ganze Systeme, sondern nur einzelne Peripheriegeräte; deshalb können sie sich ein dichtes, kostendeckend arbeitendes Wartungsnetz nicht leisten und ohne Wartungsservice sind eben Geräte schwer verkäuflich¹⁷.

Ein weiterer Vorteil für den Benutzer liegt im *Preis*: Einige Hersteller machen wegen des starken Konkurrenzkampfes auf dem Verkaufsmarkt Zugeständnisse beim Kaufpreis, die sie dann durch erhöhte Wartungsgebühren wieder wettmachen¹⁸. Ferner können unabhängige Wartungsfirmen den Zustand eines Geräts objektiver beurteilen, weil sie nicht an eine bestimmte Herstellerfirma gebunden sind und deshalb nicht deren Umsatz fördern müssen.

Eine gute Lösung bieten die Unabhängigen auch dem Besitzer *älterer Geräte*. Obwohl nicht mehr ganz neue Geräte dem Anwender den Vorteil bieten, dass die anfänglich eingemieteten Fehler ausgemerzt sind¹⁹, und obwohl sich die Wartungsbedürftigkeit mit zunehmendem Alter nicht unbedingt vergrößert²⁰, erheben einzelne Herstellerfirmen für die Wartung älterer Geräte Zuschläge, die nicht etwa mit dem vorher beurteilten Zustand dieser Geräte, sondern nur mit ihrem Alter begründet werden. Ab einer gewissen Anzahl von Betriebsjahren wird dann die Wartung überhaupt eingestellt. Diese Herstellerpolitik führt natürlich zu einem ungerechtfertigten Preissturz für ältere Occasionen; nur die Konkurrenz unabhängiger Wartungsfirmen mit kostenrelevanten Wartungsgebühren kann in solchen Fällen Abhilfe schaffen²¹.

Bei der Wahl einer unabhängigen Wartungsfirma sollte der Benutzer eine Firma wählen, die bereits eine gewisse *Erfahrung* mit den in Frage stehenden Geräten hat, über eine gute *finanzielle Basis* verfügt und sich über *gute Referenzen* ausweisen kann²². Die Wartungsfirma sollte schon bei den *Verkaufsverhandlungen* beigezogen werden, damit der Ersatzteilnachschub innert nützlicher Frist und die Lieferung angemessener Unterlagen und Diagnosehilfen garantiert ist. Der Hersteller wird aber nie bereit sein, alle ihm selbst zur Verfügung stehenden Mittel auch der Drittfirma zugänglich zu machen — zu denken ist dabei etwa an die noch zu beschreibende Möglichkeit der Fernwartung, bei der die Fehlersuche durch einen Zentralcomputer durchgeführt wird. Ferner kann während der Vertragsverhandlungen auch die Zusage des Herstellers erhalten werden, Personal der unabhängigen War-

17 Gibson, S. 2.

18 Eastwell, S. 27 ff.

19 Vgl. Cross, S. 3.

20 Graef/Schubring, S. 233 ff.

21 Vgl. zu diesem Problem Timperley, S. 46.

22 Eastwell, S. 27 ff.

tungsfirma zu vernünftigen Kosten an den in Frage kommenden Geräten auszubilden – wobei aber auch hier die Herstellerfirma zurückhaltend sein wird mit der Weitergabe von Informationen – und bei besonders schwierigen Fällen notfalls auch technische Hilfe innert nützlicher Frist zu gewähren²².

Während in den USA bereits viele unabhängige Wartungsfirmen bestehen und in England ihre Zahl schon beträchtlich zugenommen hat²³, fallen sie in Deutschland noch *nicht ins Gewicht*²⁴. Das gleiche gilt meines Wissens auch für die Schweiz. Das liegt einmal an der europäischen Zersplitterung: Lange Zeit gab es keine länderübergreifenden, unabhängigen Wartungsfirmen, so dass die Anwender befürchten mussten, bei der möglichen Umplazierung eines Geräts in ein anderes Land wieder auf die Herstellerfirma angewiesen zu sein, die dann die Wartung verweigern könnte. Ein weiterer Grund liegt in der üblichen Verzögerung in Europa gegenüber dem Trend in den USA²⁵. Da unabhängige Wartungsfirmen aber sowohl kleineren Herstellern als auch den Anwendern grosse Vorteile bieten, wird ihre Zahl auch auf dem europäischen Kontinent noch wesentlich zunehmen. Dabei wird es aber kaum je eine Wartungsfirma geben, die annähernd alle wichtigeren Systeme kennt und deshalb warten kann; es wird für sie immer schwierig sein, mit der Entwicklung zeitsparender Wartungshilfen durch die Hersteller Schritt zu halten und auch in bezug auf das Wissen ihrer Techniker konkurrenzfähig zu bleiben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Computerhersteller normalerweise auch für die Wartung verantwortlich sind und die Wartung durch eigene Techniker oder unabhängige Drittfirmen noch eine seltene Ausnahme ist.

II. Zur Frage des Kontrahierungszwangs

Wie soeben dargelegt, kann die Wartung bisher meist nur durch den Hersteller erbracht werden. Im weiteren ist zu beachten, dass eine sorgfältige Wartung der Hardware für ein einwandfreies Funktionieren des Computersystems unerlässlich ist²⁶. Angesichts dieser Lage fragt es sich, ob der Hersteller verpflichtet ist, mit seinen Kunden Wartungsverträge abzuschliessen.

Zum Teil geben die Hersteller im Kaufvertrag *ausdrücklich* die *Zusicherung* ab, auch nach Ende der Garantieperiode die Wartung auf Wunsch des Kunden fortzusetzen, und meist wird der Wartungsvertrag gleichzeitig mit dem Kaufvertrag abgeschlossen²⁷. Insoweit tauchen keine besonderen Probleme auf. Anders ist

23 Vgl. Neal, S. 16.

24 Sandschepper, S. 835; immerhin sieht die für die öffentliche Hand massgebende Verdingungsordnung für Computerleistungen die Möglichkeit der Wartung durch unabhängige Wartungsfirmen bereits vor; vgl. Zahrnt, S. 295, N 6.

25 Gibson, S. 2.

26 Ausführlich S. 80 ff.; auch vorne S. 7 f.

27 Vgl. Fuchs, S. 86.

hingegen die Lage, wenn die Wartung nicht zugesichert und der Wartungsvertrag aus irgendwelchen Gründen nicht gleichzeitig mit dem Kaufvertrag abgeschlossen worden ist oder wenn die Wartung von Occasionsmaschinen zur Diskussion steht. In diesen Fällen könnte sich der Hersteller weigern, die betreffenden Geräte zu warten. Hier kann die Möglichkeit des Kontrahierungszwangs aktuell werden.

Der Kontrahierungszwang beinhaltet "die Pflicht gegenüber einem bestimmten andern zur privaten vertraglichen Gestaltung eines Lebensverhältnisses mit diesem andern"²⁸. Die *Vertragsfreiheit wird beschränkt*, indem die Abschlussfreiheit, die Freiheit der Wahl der Gegenpartei und in einem gewissen Ausmass auch die Inhaltsfreiheit – es gibt keine Willenserklärungen an sich, sondern nur solche mit einem bestimmten Inhalt – beschränkt werden²⁹. Der Kontrahierungszwang stellt einen weit stärkeren Eingriff in die Vertragsfreiheit dar als die Nichtanerkennung unbilliger Vertragsinhalte³⁰. Er kommt vor allem im öffentlichen Recht vor³¹; sogar wo nur Einzelinteressen in Frage stehen, wird nicht der Weg über zwingendes Privatrecht gewählt, sondern über das öffentliche Recht³².

Im Privatrecht kann eine weder gesetzlich vorgeschriebene noch vertraglich vereinbarte Kontrahierungspflicht dennoch entstehen, nämlich durch das *Gebot der guten Sitten*. Es müssen allerdings ganz besondere Umstände vorliegen; Hauptbeispiel ist das Monopolunternehmen, das über lebenswichtige Güter verfügt und ohne sachliche Rechtfertigung einen Vertragsabschluss verweigert³³. Das Bundesgericht anerkennt eine Kontrahierungspflicht, wenn eine ungerechtfertigte Verweigerung des Vertragsabschlusses geradezu zu einer Gefährdung oder Verletzung lebenswichtiger Güter führen würde³⁴. Diese hohen Anforderungen an die Aussergewöhnlichkeit einer Situation sind berechtigt angesichts der Schwere des Eingriffs in die Vertragsfreiheit, den die Auferlegung eines Kontrahierungszwangs beinhaltet.

Zwar verfügen die Computerhersteller bezüglich der Wartung in der Schweiz über eine *Monopolstellung*³⁵, doch genügt dies noch nicht zur Begründung einer Kontrahierungspflicht unter Berufung auf die guten Sitten³⁶. Dazu müssten lebenswichtige Interessen auf dem Spiel stehen und diese Intensität ist beim Interesse an der Wartung m.E. nicht gegeben.

Vielmehr sehe ich für die Wartung einer neuen Maschine nach Ablauf der Garantiefrist eine Kontrahierungspflicht begründet durch das *Rechtsmissbrauchsverbot*³⁷.

28 Schönenberger/Jäggi, N 528 zu OR 1.

29 Bucher, OR, S. 83; Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 1; Schnyder, S. 56 ff.; Schönenberger/Jäggi, N 529 ff. zu OR 1.

30 Raiser, zitiert bei Schnyder, S. 91 Anm. 1.

31 Schnyder, S. 70; Schönenberger/Jäggi, N 527 zu OR 1.

32 Schnyder, S. 91.

33 Schönenberger/Jäggi, N 541 zu OR 1; vgl. auch Raiser, zitiert bei Schnyder, S. 70 Anm. 2.

34 BGE 80 II 37 ff. (im konkreten Fall hat das Bundesgericht die Kontrahierungspflicht verneint).

35 Vgl. die Ausführungen vorne S. 65 ff.

36 von Tuhr/Peter, S. 284.

37 Auch Schnyder (S. 57) scheint im Rechtsmissbrauchsverbot eine Möglichkeit zur Begründung des Kontrahierungszwangs zu sehen.

Bekanntlich sollte ein neuer Computer einige Jahre benutzt werden können, wozu aber eine gute Wartung notwendig ist³⁸. Ein Hersteller verstösst deshalb gegen Treu und Glauben, wenn er in Kenntnis dieser Sachlage beim Kunden Vertrauen in die Zuverlässigkeit seiner Geräte erweckt und dann den Abschluss eines Wartungsvertrags verweigert, wenn sich ein Gerät als unzuverlässig erweist (nur in einem solchen Fall wird der Hersteller ja keinen Wartungsvertrag abschliessen wollen)³⁹.

Anders ist die Lage, wenn ein Kunde seine *gebrauchten Geräte* an einen Dritten verkauft und der Hersteller dann den Abschluss eines Wartungsvertrags verweigert. Man muss sich vor Augen halten, dass der Hersteller dem Kunden dank der Fixierung der Unterhaltskosten in der Wartungspauschale eine Versicherung gegen Reparaturrisiken bietet⁴⁰. Soweit sich die Wartungsbedürftigkeit einer Maschine mit zunehmendem Alter vergrössert – was nicht unbedingt der Fall sein muss⁴¹ –, hat der Hersteller ein legitimes Interesse, den Vertragsabschluss zu verweigern. Dann bleibt immer noch die Möglichkeit einer Wartung auf Material- und Zeitbasis, d.h. der Kunde hat die effektiven Kosten der Wartung zu tragen. Wenn nun ein solches altes Gerät nur durch neue Geräte desselben Herstellers ersetzt werden kann, weil nur diese kompatibel sind, kann der Hersteller versucht sein, jegliche Wartung für das Occasionsgerät zu verweigern und dadurch den Absatz seiner neuen Geräte zu fördern⁴². Zwar kann sich der potentielle Occasionskäufer vor Überraschungen schützen, indem er die Wartungsfrage vorher abklärt, oder er kann für den Occasionskauf einen Grundlagenirrtum geltend machen⁴³, doch schädigt dann das Verhalten des Herstellers den Verkäufer der Occasion, indem diese stark entwertet wird. Hier stellt sich erneut die Frage eines Kontrahierungszwangs mindestens für eine Wartung auf Material- und Zeitbasis.

Trotz der Nachteile, die dieses Verhalten dem Kunden verursacht, scheint mir keine der Fallgruppen des Rechtsmissbrauchsverbots (zweckwidrige Rechtsausübung, unnütze Rechtsausübung, krasses Missverhältnis der Interessen, schonende Rechtsausübung, widersprüchliches Verhalten, unredlicher Rechtserwerb⁴⁴) diese Handlungsweise zu erfassen. Das *Rechtsmissbrauchsverbot kann nur in besonders krassen Fällen eingreifen*. “Die ... Betätigung der Vertragsfreiheit innerhalb der zulässigen Grenzen wird nicht dadurch widerrechtlich, dass sie objektiv betrachtet eines sachlichen Grundes entbehrt. Wer kraft eines subjektiven Rechts oder auf Grund einer Norm des objektiven Rechts zu einem Tun oder Lassen befugt ist, ist nicht verpflichtet, von seiner Befugnis nur beim Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung Gebrauch zu machen. Er ist auch nicht gehalten, über den Grund seines Handelns Rechenschaft abzulegen.”⁴⁵ Somit kann der Hersteller bei Occasions-

38 Vgl. vorne S. 7.

39 Vgl. Merz, N 400 ff. zu ZGB 2; Fuchs, S. 395 Anm. 11.

40 Vorne S. 7 und ZR 76 (1977) Nr. 17.

41 Vgl. Graef/Schubring, S. 233 ff.

42 Vgl. das Beispiel bei Timperley, S. 46.

43 Fuchs, S. 298.

44 Merz, N 285 ff. zu ZGB 2.

45 BGE 80 II 39 f., zitiert bei Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 2.

maschinen weder unter Berufung auf die guten Sitten noch auf das Rechtsmissbrauchsverbot zum Vertragsabschluss gezwungen werden. Der Käufer einer neuen Maschine kann sich gegen solche unangenehme Überraschungen, die erst einige Jahre nach dem Kauf eintreten, nur wappnen, indem er sich die *Garantie* geben lässt, dass sich der Hersteller bei einem Weiterverkauf nach einer gründlichen Untersuchung der Maschine nicht weigern werde, einen Wartungsvertrag abzuschliessen, oder sonst mindestens eine Wartung auf Material- und Zeitbasis ermöglichen werde. Für Grosskunden, die auch Occasionen kaufen möchten, lohnt es sich, eine solche Wartungsgarantie für später zu erwerbende Maschinen in den Rahmenvertrag mit dem Hersteller aufzunehmen⁴⁶.

III. Verhandlungsspielraum bei Wartungsverträgen

Der Computewartungsvertrag wird regelmässig auf der Basis von Standardverträgen abgeschlossen. Der Kunde vergisst allzuoft, dass über diese Verträge verhandelt werden kann, auch wenn es die Hersteller natürlich vorziehen, ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen für den in Frage stehenden Vertrag unverändert zu übernehmen. Allerdings muss der Kunde zuerst – wie Freed⁴⁷ zutreffend sagt – die Scheu ablegen vor dem Computermysterium, die dazu geführt hat, dass der Kunde die Wahrung seiner Interessen den Herstellern als den Hohepriestern dieser offensichtlich geheimnisvollen Technologie anvertraut hat. Diese Haltung ist nämlich eine neue Version der Torheit, den Fuchs zum Wächter des Hühnerstalls zu machen⁴⁷.

Beim Kauf eines Geräts sollte sich der Kunde vorerst erkundigen, ob Gerät und Wartung gut sind – kein Hersteller, der noch halb bei Verstand ist, wird seine Geräte und Dienstleistungen nicht als absolut hervorragend und überlegen bezeichnen⁴⁸. Der Kunde sollte es nie unterlassen, den Wartungsvertrag gleichzeitig mit dem Kaufvertrag abzuschliessen, weil er nur bis zum Zeitpunkt des Kaufs einen Verhandlungsspielraum für die Wartung hat⁴⁹. Vor dem Vertragsabschluss sollte er sich auch von einem unabhängigen Fachmann über mögliche Probleme und Risiken aufklären lassen, deren Regelung er dann seine Aufmerksamkeit schenken sollte, um nachher nicht bei einer Panne feststellen zu müssen, dass gerade die entscheidenden Schutzbestimmungen fehlen⁵⁰.

Die besten Erkenntnisse nützen nun aber nichts, wenn dem Kunden die Verhandlungsposition fehlt, um Verbesserungen durchzusetzen. Das Aushandeln der Vertragsbedingungen sollte zum Selektionsprozess für ein Gerät gehören; es ist ein Kardinalfehler der Kunden, erst spät auf die Geschäftsbedingungen zu achten und

46 Vgl. Anhang I: Vertrag 1, Klausel 2, S. 136.

47 Freed, S. 57.

48 Bernacchi/Larsen, S. 575.

49 Bernacchi/Larsen, S. 574; Zahrnt, S. 25, N 32.

50 Vgl. Andrews, S. 1 ff.

dann unter Zeitdruck noch darüber verhandeln zu wollen. Solcher Zeitdruck wird vom Lieferanten ausgenutzt zum Nachteil des nachlässigen Kunden⁵¹.

Der Kunde hat nur einen Verhandlungsspielraum, solange noch eine Wettbewerbssituation besteht; sobald ein Hersteller merkt, dass das Rennen zu seinen Gunsten gelaufen ist, wird er nicht mehr zu einem Entgegenkommen zu bewegen sein. Deshalb darf dem Hersteller nie gezeigt werden, dass von vornherein nur seine Maschine in Frage kommt: Auch wenn er vermutet, er sei der einzige Bewerber, kann er in einer Zeit, in der bereits eine schöne Anzahl Geräte kompatibel ist, doch erst nach der Unterschrift unter den Vertrag sicher sein. Ferner ist zu beachten, dass das Geschäft für den Verkäufer des Herstellers meist ebenso wichtig ist wie für den Kunden, denn schon kleine Verzögerungen seitens des Kunden können die vom Verkäufer zu erfüllenden Verkaufsziele und -quoten gefährden. Auch die Aussicht auf künftige Geschäfte kann den Hersteller dazu bewegen, einen flexiblen Eindruck zu machen und von seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen zugunsten vernünftiger Vorschläge des Kunden⁵² abzuweichen.

Bei all diesen Ausführungen darf jedoch nicht vergessen werden, dass die Hersteller am meisten an Grossgeschäften interessiert sind und deshalb der Verhandlungsspielraum enger wird, je kleiner das Geschäft ist, dessen Nichtabschluss der Hersteller durch eventuelle Sturheit riskiert⁵³.

Umgekehrt ist auch der Hersteller in seinem Verhandlungsspielraum begrenzt: Er hat einmal die bereits gewährten Meistbegünstigungsklauseln bei jeder Verhandlung zu berücksichtigen; ferner kann er das Wettbewerbsrecht verletzen, wenn er nur in Wettbewerbssituationen ausserordentlich günstige Bedingungen offeriert⁵⁴, und es kann auch ein allgemeiner Grundsatz der Firmenpolitik sein, alle Kunden gleich zu behandeln⁵⁵. Weiter ist zu beachten, dass Wartungsgarantien die zukünftige Geschäftspolitik einschränken⁵⁶.

IV. Untersuchung der Maschinen vor Vertragsabschluss

Eine vorgängige Untersuchung der zu wartenden Maschinen erübrigt sich, wenn die Wartungsleistungen durch den Hersteller anschliessend an den Ablauf der Garantiefrist erfolgen⁵⁷. Dies deshalb, weil der Hersteller bis zu diesem Zeitpunkt die Geräte

51 Vgl. Bedell-Pearce, S. 87 f.; Freed, S. 67.

52 Ausführlich Bedell-Pearce, S. 89.

53 Freed, S. 66.

54 Kaye, S. 77; Zahrnt, S. 9, N 5.

55 Gleichbehandlung aller staatlichen Kunden ist auch Ziel der in der Bundesrepublik für die öffentliche Hand geltenden Verdingungsordnungen für Computerleistungen; vgl. Zahrnt, S. 1, N 3 und S. 23, N 24 f.

56 Ausführlicher hinten S. 125.

57 Anhang I: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 3, Klausel 1 (e contrario); S. 136 ff.

sorgfältig gewartet hat und somit keine Mängel vorliegen können, und weil der Wartungsvertrag meist gleichzeitig mit dem Kaufvertrag abgeschlossen wird. Sollte ein Hersteller dennoch eine Untersuchung verlangen, würde er damit selbst bezweifeln, dass er während der Garantiefrist genügend sorgfältige Arbeit geleistet hat. Wegen nicht gehöriger Erfüllung des Vertrags müsste er einen Schadenersatz bezahlen im Umfang der Kosten der Untersuchung und der Behebung der dabei entdeckten Mängel bzw. dürfte er diese Kosten dem Kunden nicht belasten.

Anders ist die Lage, wenn eine unabhängige Wartungsfirma die Wartung der neuen Geräte nach Ablauf der Garantiefrist übernimmt. Hier müsste der Kunde die Kosten der Untersuchung tragen, wogegen er im Umfang der Kosten der Mängelbehebung einen Schadenersatzanspruch gegen den Hersteller/Verkäufer hätte.

Vor allem aber ist eine Untersuchung der Geräte vorgesehen, wenn die Wartungsfirma (sowohl Unabhängige wie Hersteller) die Wartung für Occasionen übernehmen soll. Es drängt sich mindestens eine Untersuchung auf Transport- und Lagerschäden auf. Ferner muss die Installation der Maschine geprüft werden⁵⁸. Kontrolliert werden muss auch die Umgebung eines Computers; sie muss gewisse Standards erfüllen, weil nur unter diesen Bedingungen ein in hohem Masse einwandfreies Funktionieren gewährleistet ist. Dabei genügt es nicht, dass die gegebenen Umweltbedingungen für die frühere Anlage genügt haben, weil jeder Computer eigene Standards erfordern kann⁵⁹. Über die Tragung der Transport- und Lagerschäden entscheidet die dafür getroffene vertragliche Vereinbarung, die Kosten der räumlichen Anpassung muss – abweichende Vereinbarungen vorbehalten – der Kunde tragen.

Bevor ein Wartungsvertrag für eine Occasionsmaschine abgeschlossen wird, kann es auch erforderlich sein, die Maschine daraufhin zu untersuchen, ob sie bisher korrekt gewartet worden ist. Bei Maschinen, die zu klein geworden sind für die Kapazitätsbedürfnisse des vorherigen Benutzers, kann nämlich die Wartung weitgehend unterlassen worden sein, um eine volle Auslastung zu ermöglichen. Bei mangelnder Wartung kann jedoch ein Gerät trotz sorgfältigen Transports u.U. gewisse Standards nicht mehr erfüllen, so dass es keine Maintenance Agreement Qualification erhält. Ohne diese MAQ verzögert sich aber die Aufnahme der Wartung, weil der Wartungsvertrag nicht abgeschlossen wird, bis die festgestellten Mängel – sofern überhaupt möglich – vollständig behoben sind. Dieses Vorgehen ist durchaus verständlich, weil einer Wartungsfirma nicht zuzumuten ist, für sich später auswirkende Fehler einzustehen, die eine andere Firma verursacht hat. Deshalb wird auch oft eine gewisse Frist vereinbart, während welcher der Kunde die Behebung von Störungen noch selbst zu bezahlen hat⁶⁰. Über die Kostentragung entscheidet – mindestens vorerst – die vertragliche Abmachung⁶¹. Wenn am neuen Installationsort eine andere Wartungsfirma zuständig ist, hat der Kunde – sofern nicht anders verein-

58 Vgl. Anhang I: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 3, Klausel 1; S. 136 ff.

59 Vgl. Dachev, S. 8.

60 Vgl. Dachev, S. 8.

61 Vgl. Anhang I: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 3, Klausel 1; S. 136 ff.

bart — die Untersuchungskosten zu tragen. Wenn es vertraglich nicht ausgeschlossen ist, kann jedoch der Kunde, gleichgültig ob er die Wartungsfirma wechselt oder nicht, für die Kosten der Behebung von Mängeln, die eine Folge unzureichender Wartung sind, den Verkäufer der Occasion haftbar machen, der seinerseits wieder auf seine Wartungsfirma Rückgriff nehmen kann, so dass schliesslich die Wartungsfirma, trotz gegenteiliger Abmachung⁶², mindestens die Kosten der Mängelbehebung selbst tragen muss. Der Kunde hat nämlich diese Forderung nur gegenüber der Wartungsfirma erlassen, nicht aber gegenüber dem Verkäufer, der seinerseits Schadenersatz gegenüber der Wartungsfirma geltend machen kann. Nur wenn sich der Kunde diesen Anspruch abtreten lässt, kann ihm die Wartungsfirma den Erlassvertrag wirksam entgegenhalten.

V. *Der schriftliche Vertragsabschluss*

Da das Gesetz für den Computerwartungsvertrag keine Form vorschreibt, kann er formfrei abgeschlossen werden (OR 11). Trotzdem wird der Vertrag regelmässig schriftlich abgeschlossen⁶³. Das Schriftstück besteht aus zwei Teilen: Der eine Teil enthält die allgemeinen Geschäftsbedingungen; er kann als Rahmenvertrag schon vor Aufnahme der Verhandlungen über eine konkrete Maschine unterzeichnet worden sein⁶⁴. Der andere Teil enthält den schriftlich fixierten individuellen Teil der Abrede; man nennt ihn Nachtrag, Wartungsschein, Geräteschein, Spezifikationsblatt usw. Darin wird die zu wartende Maschine genau bezeichnet, ihr Standort festgehalten und die Wartungsgebühr beziffert. Die Parteien unterzeichnen die beiden Vertragsteile und tauschen die Urkunden aus⁶⁵.

Der Beginn der Wirkungen des Vertrags (Grundsatz in OR 10) kann unterschiedlich geregelt sein; so lehnt z.B. eine Wartungsfirma die Bindung an den jeder Offerte beigelegten Nachtrag bis zum Zeitpunkt des Eintreffens der Annahmeerklärung des Kunden ab. Das widerspricht zwar der in OR 3, 5 und 9 festgelegten Bindung des Offerenten an seinen Antrag, doch lässt OR 7 I ein solches Vorgehen zu⁶⁶.

Streitigkeiten können entstehen, wenn die eine Partei das Bestehen einer vom schriftlichen Vertrag abweichenden mündlichen Vereinbarung behauptet, während sich die andere Partei auf die ausschliessliche Gültigkeit der schriftlichen Abmachungen beruft. OR 16 enthält für diesen Fall keine Lösung, weil er sich nur mit der Frage beschäftigt, was zu vermuten ist, wenn ein bestimmter Vertragsinhalt und eine Formabrede feststehen, aber unklar ist, ob das Einhalten dieser Form als

62 Anhang I: Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 3, Klausel 1; S. 137 ff.

63 Anhang I: Vertrag 1, Klausel 3; Vertrag 2, Klausel 2; Vertrag 3, Klausel 2; Vertrag 4, Klausel 1; S. 136 ff.

64 Schönenberger/Jäggi, N 11 zu OR 16; als Beispiel Anhang I: Vertrag 1, Klausel 1, S. 136.

65 Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 33.

66 Vgl. von Tuhr/Peter, S. 186.

Gültigkeitserfordernis für einen Vertrag gedacht war, mithin bei Fehlen eines Schriftstücks überhaupt kein Vertrag zustande gekommen ist, oder ob das Erfordernis der Einhaltung einer bestimmten Form nur den Beweis für das Zustandekommen eines Vertrags sichern soll und damit trotz Fehlens des Schriftstücks ein Vertrag abgeschlossen worden sein kann⁶⁷.

In unserem Fall ist die Fragestellung aber etwas anders: Es stellt sich nicht die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, sondern ob ein Formvorbehalt getroffen worden ist, womit nur noch der schriftliche Vertragsinhalt massgebend wäre. Dabei behauptet die eine Partei, man habe eine Formabrede getroffen, die beinhalte, dass nur schriftlich niedergelegte Vereinbarungen gültig seien⁶⁸. Demgegenüber stellt sich die andere Partei nicht etwa auf den Standpunkt, man habe zwar eine Formabrede getroffen, aber nicht im Sinne einer Abschluss-, sondern nur im Sinne einer Beweisform (dieser Streit wird von OR 16 I entschieden), sondern sie macht geltend, es seien neben den schriftlich festgehaltenen auch mündliche Vereinbarungen getroffen worden, die ebenso gültig seien, da eine Formabrede fehle.

VI. *Abweichende mündliche Vereinbarungen*

Die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit individueller Abreden, die vom schriftlich niedergelegten Vertragsinhalt abweichen, kann nicht generell entschieden werden, sondern nur unter Beachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls. Eine entscheidende Rolle spielt dabei die aus dem Vertrauensprinzip abgeleitete Ungewöhnlichkeitsregel.

Wenn die abweichende mündliche Vereinbarung erst nach Vorlage des Standardvertragsformulars getroffen wurde, so darf, gerade weil der Kunde eine abweichende Vereinbarung will, vermutet werden, dass er den Text gelesen hat. Dann ist ihm aber auch bekannt, dass die Wartungsfirma die Vertretungsmacht ihrer Angestellten dahingehend beschränkt hat, dass sie Vertragsänderungen schriftlich festhalten müssen. Eine mündliche abweichende Vereinbarung ist deshalb ungültig⁶⁹. Anders ist die Lage, wenn die Wartungsfirma bei den Vertragsverhandlungen durch eine Person vertreten ist, die eine Organstellung einnimmt. Wenn die Vertretungsmacht dieser Person nicht durch Eintragung im Handelsregister beschränkt ist (auf eine Zweigniederlassung und/oder auf Kollektivvertretung, vgl. OR 460, 718 und 814), darf der Kunde in gutem Glauben annehmen, sein Verhandlungspartner sei zu der in der mündlichen Vereinbarung liegenden Aufhebung des Formvorbehalts ermäch-

67 Schönenberger/Jäggi, N 19 ff. zu OR 16; auch Bucher, OR, S. 149.

68 Anhang I: Vertrag 1, Klausel 3; Vertrag 2, Klausel 2; Vertrag 3, Klausel 2; vgl. auch Bedell-Pearce, S. 90.

69 Vgl. Bucher, OR, S. 133 Anm. 104; Forstmoser, AGB, S. 18, auch Anm. 81 und FG Kummer, S. 121 Anm. 154; Schönenberger/Jäggi, N 519 zu OR 1.

tigt, und somit sind diese Abreden gültig, trotz gegenteiliger Anordnung im Standardvertrag⁷⁰.

Eine abweichende mündliche Vereinbarung kann aber auch vor der Aushändigung der allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen worden sein – Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass der Kunde in guten Treuen annehmen durfte, der Vertreter sei zu Verhandlungen über den Vertragsinhalt ermächtigt. Dann greift die Ungewöhnlichkeitsregel ein⁷¹. Die Zustimmungserklärung des Kunden zum Standardvertrag kann nach dem Vertrauensprinzip nicht unbedingt dahingehend verstanden werden, er akzeptiere auch den Formvorbehalt. Der Kunde hat bei der Unterzeichnung des Vertrags nicht zu erwarten, dass damit alle vorausgegangenen abweichenden mündlichen Vereinbarungen dahinfallen; die Formvorbehaltsklausel ist also ungewöhnlich. Deshalb ist zu prüfen, ob die Wartungsfirma im konkreten Fall annehmen durfte, der Kunde habe der Formvorbehaltsklausel in richtiger Erkennung ihres Inhalts zugestimmt. Wenn diese Annahme unberechtigt ist, gilt der Formvorbehalt nur für künftige Vertragsänderungen – wenigstens so weit, als auch dafür Schriftlichkeit erforderlich sein soll⁷². Da das Wissen ihres Vertreters der Wartungsfirma zugerechnet wird⁷³, ist die abweichende mündliche Vereinbarung verbindlich.

Im übrigen bleibt zu beachten, dass das tatsächliche Vorgehen der Wartungsfirma beim Vertragsabschluss das Zustandekommen gültiger abweichender mündlicher Vereinbarungen oft verunmöglicht. Der Nachtrag mit der genauen Bezeichnung der zu wartenden Maschinen und der endgültigen Festsetzung des Wartungsentgelts wird am Firmensitz ausgearbeitet und dann nicht vor Ort zur Unterzeichnung vorgelegt, sondern zusammen mit dem Standardvertrag zugeschickt. Wenn die vom Kunden unterzeichneten Formulare wieder bei der Firma eintreffen, darf sie vermuten, der Kunde habe den Vertrag gelesen – Zeit dazu hatte er genügend – und der Formvorbehaltsklausel in richtiger Erkenntnis ihres Inhalts zugestimmt, denn sie ist immer klar und unmissverständlich formuliert⁷⁴. Es ist deshalb anzunehmen, dass abweichende Klauseln zwar besprochen, schliesslich aber fallengelassen worden sind. Das gilt auch, wenn die Wartungsfirma durch eine Person vertreten ist, die eine Organstellung einnimmt.

Für spätere Änderungen und Ergänzungen gilt der Formzwang nur, wenn er nicht durch eine gegenteilige abweichende Vereinbarung, die jederzeit und formlos getroffen werden kann, aufgehoben worden ist⁷⁵.

Obwohl unter aussergewöhnlichen Umständen trotz anderslautender Vertragsbestimmungen auch mündliche Vereinbarungen Gültigkeit haben können, empfiehlt

70 Vgl. Nägeli, S. 295; Forstmoser, AGB, S. 18; Schönenberger/Jäggi, N 492 zu OR 1; Schuler, S. 122.

71 Ausführlich vorne S. 48 ff.

72 Gleich im Ergebnis Nägeli, S. 296 f.; vgl. auch Schönenberger/Jäggi, N 493 und 519 zu OR 1; Beispiel in Anhang I: Vertrag 1, Klausel 4, S. 137 (ausdrücklich vereinbart).

73 Jäggi, N 136 ff. zu ZGB 3; Oser/Schönenberger, N 30 ff. zu OR 32.

74 Vgl. Anhang I: Vertrag 1, Klausel 3; Vertrag 2, Klausel 2; S. 136 ff.

75 Vgl. Zahrnt, S. 239, N 4.

es sich doch für den Kunden, auf eine schriftliche Fixierung aller Abmachungen zu drängen. Sobald nämlich etwas schiefläuft, fällt es mit einem Schriftstück bedeutend leichter, das schlechte Gedächtnis der Wartungsfirma aufzufrischen⁷⁶.

76 Vgl. Bedell-Pearce, S. 90.

3. Kapitel

Die Gültigkeit des Computerwartungsvertrags

Wie bei allen Verträgen ist auch zum Abschluss des Computerwartungsvertrags Handlungsfähigkeit der Parteien erforderlich. Ferner müssen die Unterzeichner bevollmächtigt sein, für ihre Parteien zu handeln. Es ergeben sich hier keine Besonderheiten.

Der Computerwartungsvertrag darf sowenig wie jeder andere Vertrag die Schranken der Vertragsfreiheit verletzen. Ungültig sind deshalb widerrechtliche, unsittliche und unmögliche Verträge. Wenig bedeutsam dürfte in diesem Bereich das Übervorteilungsverbot sein¹.

Auch der Computerwartungsvertrag kann mit Willensmängeln behaftet sein. Darunter versteht man die vom Gesetz als Mängel des Vertragsabschlusses bezeichneten Sachverhalte: Irrtum, absichtliche Täuschung und Furchterregung. Für die Rechtsanwendung stellen sich dabei die gleichen Probleme wie bei allen andern Verträgen; weitere Ausführungen erübrigen sich deshalb.

¹ Vgl. auch vorne S. 59 ff.

4. Kapitel

Die Leistungen der beiden Vertragsparteien

*I. Leistungen der Wartungsfirma**A. Überblick über die vertragliche Regelung*

Treffend umschreibt eine Wartungsfirma die geschuldete Leistung als Erbringen von Arbeitsleistungen, die darauf ausgerichtet sind, die Maschinen in betriebsstüchtigem Zustand zu erhalten bzw. in betriebsstüchtigen Zustand zu versetzen, ohne eine ununterbrochene Betriebsstüchtigkeit zu gewährleisten¹. Die Wartungsleistungen lassen sich unterteilen in Instandhaltung (vorbeugende, präventive Wartung) und Instandsetzung (Reparatur). Daneben wird auch der Einbau eventueller technischer Verbesserungen versprochen².

Es dürfte selbstverständlich sein, dass die Wartungsfirma nur voll geeignete Leistungen erbringt und nur gut ausgebildetes, mit den Geräten vertrautes Personal einsetzt³, wobei allerdings eine Arbeitsteilung möglich sein sollte, etwa dass der Wartungstechniker einen schwierigen Fehler nur feststellt und den Spezialisten zur Behebung beizieht⁴.

Die Wartung wird am Installationsort des zu wartenden Geräts durchgeführt. Der Kunde hat dem Wartungstechniker einen geeigneten Raum zur Verfügung zu stellen, wo auch Prüfgeräte, Werkzeuge und Ersatzteile aufbewahrt werden können⁵.

Die Wartungsfirma erbringt ihre Leistungen während der Servicebereitschaftszeit. Diese dauert – mit Ausnahme der staatlichen Feiertage – gewöhnlich von Montag bis Freitag und umfasst nur die normale Arbeitszeit, also neun Stunden pro Tag⁶. Je nach Vertrag variieren Beginn und Ende der täglichen Bereitschaft. Alle Leistungen, die ausserhalb dieses Zeitraums erbracht werden müssen, sind separat zu bezahlen; ein wichtiger Punkt für alle Kunden, die länger als neun Stunden pro Tag auf ihren Computer angewiesen sind. Selbstverständlich kann sich der Kunde vertraglich auch eine längere Bereitschaftszeit ausbedingen; er hat dann einen Zuschlag auf die monatliche Wartungsgrundgebühr zu bezahlen.

1 Anhang II: Vertrag 2, Klausel 1, S. 141.

2 Anhang II: Vertrag 1, Klausel 1; Vertrag 2, Klauseln 2 und 3; Vertrag 3, Klausel 1; Vertrag 4, Klausel 1; S. 139 ff.

3 So ausdrücklich Anhang II: Vertrag 1, Klauseln 4 und 11a; Vertrag 3, Klausel 4; S. 139 ff.

4 Zahrnt, S. 302, N 3.

5 Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 8; Vertrag 4, Klausel 6; S. 151 ff.

6 Anhang II: Vertrag 2, Klausel 4a; Vertrag 4, Klausel 2; S. 142 ff.

B. *Die optimale Wartung*

Bevor die Leistungen der Wartungsfirma im einzelnen besprochen werden können, sind noch einige Ausführungen darüber zu machen, welche Punkte beachtet werden müssen, um eine bestmögliche Wartung zu erreichen.

1. Ziel des Kunden

Als erstes muss sich der Kunde klar darüber werden, welches Ziel er mit der Wartung anstrebt: Dies kann eine optimale Zeitpunktbereitschaft, eine höchstmögliche Durchlaufwahrscheinlichkeit oder ein bestmöglicher Nutzungsgrad sein. Je nachdem wird er die Akzente bei der Wartung anders setzen.

a) *Zeitpunktbereitschaft (pointwise availability)*

Zeitpunktbereitschaft bedeutet die Wahrscheinlichkeit, dass eine Anlage zu einem bestimmten Zeitpunkt funktioniert. Dies kann wichtig sein bei Terminarbeiten, z.B. Lohnabrechnungen am Ende eines Monats durch ein kommerzielles Rechenzentrum⁷. Der Wert ist schwer zu prognostizieren und im allgemeinen darf er im zivilen Sektor ausser acht gelassen werden⁸.

b) *Durchlaufwahrscheinlichkeit (reliability)*

Die Durchlaufwahrscheinlichkeit beantwortet die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass während einer bestimmten Zeit keine Störung auftritt. Dieser Wert für die Betriebssicherheit hängt von der mittleren Zeit zwischen zwei Störungen ab. Es kann nachgewiesen werden, dass diese Zeiten in vielen Fällen konstant bleiben⁹. Somit kann eine Wahrscheinlichkeitsrechnung angestellt werden, ob "Aussteiger" ein bestimmtes Programm betreffen werden oder nicht.

c) *Wahrscheinlicher Nutzungsgrad (efficiency)*

Der wahrscheinliche Nutzungsgrad "beschreibt den zu erwartenden Bruchteil einer gegebenen, beliebig wählbaren Zeiteinheit, in der ein System ohne Ausfall

⁷ Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

⁸ Wittenberg, S. 901.

⁹ Wittenberg, S. 902.

arbeitet”¹⁰. Dieser Wert, auch Systemverfügbarkeit genannt, ist leicht zu berechnen. Von der geplanten Benutzungszeit werden die empirisch festgestellten Störungszeiten, die notwendigen Reparaturzeiten (soweit noch nicht in der Störungszeit erfasst) und die Instandhaltungszeiten (soweit sie einen Systemstop bedingen) abgezählt.

Meist ist der Kunde an einem hohen Nutzungsgrad interessiert. Die Durchlaufwahrscheinlichkeit ist nicht entscheidend: Ein System, das oft ausfällt, gibt zwar Anlass zu viel Ärger, doch wenn es jeweils schnell repariert ist, kann es trotzdem einen hohen Nutzungsgrad erreichen. Mit der heutigen Technik lässt sich eine Systemverfügbarkeit von etwa 95% erreichen¹¹. Die Anforderungen an die Verfügbarkeit sind enorm gestiegen mit dem Übergang von der Informationsverarbeitung im Stapel zur abrufbereiten Informationsveredelung und zur Datenfernverarbeitung, wo ein Ausfall den Sachbearbeiter vor Ort von sämtlichen Informationen abschneidet¹².

Die Systemverfügbarkeit hängt von vier Werten ab: meantime to failure (MTTF), meantime to repair (MTTR), geplante vorbeugende Wartung und geplante Benutzungszeit¹³.

2. Optimierung des wahrscheinlichen Nutzungsgrades

a) *Meantime to failure (MTTF)*

Die MTTF ist die Zeit, die durchschnittlich zwischen zwei Störungen verstreicht. Dieser Zeitraum kann durch vorbeugende Wartung¹⁴ und durch technische Verbesserung des Geräts vergrößert werden. Von entscheidender Bedeutung ist eine hohe MTTF, sobald der Ersatzteilnachschub schwierig wird, z.B. bei einem U-Boot, oder wenn eine Reparatur unmöglich ist, z.B. bei einem Weltraumsatelliten¹⁵.

Die MTTF ist stark geprägt von Lebensdauer, Konstruktion und Gebrauch der Bestandteile, wobei die Lebensdauer wieder beeinflusst wird von den Umgebungsbedingungen, unter denen ein Gerät eingesetzt wird, ob es in einer staubigen Fabrikhalle oder in einem supersterilen Rechenzentrum steht. Mechanische Teile zeigen im Unterschied zu elektronischen nach einer gewissen Benutzungszeit Verschleisserscheinungen, die dann zu „Aussteigern“ führen können. Mit der Zunahme der elektronischen und der Abnahme der mechanischen Bauteile wurden hier schon wesentliche Verbesserungen erzielt.

10 Wittenberg, S. 902.

11 Sandschepper, S. 835.

12 Karck, S. 894.

13 Bernacchi/Larsen, S. 583.

14 Ausführlich hinten S. 87.

15 Bernacchi/Larsen, S. 577.

b) *Meantime to repair (MTTR)*

Die MTTR ist die Zeit, die zwischen dem Auftreten der Störung und der Wiederaufnahme des normalen Betriebs vergeht¹⁶. Durch intensive Bemühungen zur Verkürzung dieser Zeit wird eine Steigerung der Systemverfügbarkeit angestrebt.

Als erstes sollte der Kunde eine durch Sanktionen abgesicherte¹⁷ Zusage der Wartungsfirma erhalten, dass sie innerhalb einer bestimmten Zeit nach Eingang der Störungsmeldung mit der Reparatur beginnen werde¹⁸.

Nützlich ist auch die Vereinbarung eines pauschalierten Schadenersatzes für den Fall, dass ein Fehler innert einer bestimmten Zeit nicht behoben wird¹⁹. Damit wird die Wartungsfirma gezwungen, gut ausgebildetes Personal einzusetzen, die Reparaturarbeiten nicht ungerechtfertigt zu unterbrechen und notwendige Ersatzteile immer bereitzuhalten²⁰.

Die eigentliche Reparaturzeit wird auch stark beeinflusst von der Auswechselbarkeit der Baugruppen: Je leichter ein defekter Teil ausgewechselt werden kann, desto schneller ist die Reparatur beendet²¹.

Alle andern Verbesserungsmöglichkeiten gehen von der Feststellung aus, dass der Hauptteil der MTTR für das Auffinden des Fehlers verwendet wird²². Darum sollte jede Wartungsfirma einen Techniker zurückrufen, der innert einer gewissen Zeitspanne den Fehler nicht eruiert hat. Sein Misserfolg kann auf mangelnde Ausbildung, ungenügende Diagnoseausrüstung oder aber auf die Komplexität des Systems zurückzuführen sein²³. Hier zeigt sich oft die Kehrseite der Vergrößerung der MTTF durch andauernde Verbesserung der Maschinen: Je besser ein Gerät wird, desto seltener fällt es aus und desto weniger sind dann die Störungsursachen, wenn es dennoch einmal ausfällt, dem Wartungstechniker bekannt²⁴.

Weitere Möglichkeiten bieten ausgeklügelte Fehlerdiagnoseprogramme: Allerdings können sie nicht eingesetzt werden, wenn sich ein Fehler so auswirkt, dass der Ablauf weiterer Befehle verhindert wird. Aus ökonomischen Gründen ist es leider unmöglich, für *alle* Fehlersituationen ein Diagnostikprogramm bereitzustellen²⁵. Auch immer hochwertigere Messgeräte, welche die Signale messen und damit den Fehler einkreisen, helfen zur Verkürzung der Gesamtreparaturzeit.

16 Nicht erfasst wird hier die Laufzeit des infolge der Störung ohne Ergebnis abgebrochenen Programms. Diese Zeit sollte bei Berechnung der Stillstandszeit mitberechnet werden, da kein verwertbarer Programmablauf und damit keine Nutzung stattgefunden hat; vgl. Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

17 Bedell-Pearce, S. 93.

18 Beispiel in Anhang II: Vertrag 1, Klausel 8, S. 140.

19 Beispiel in Anhang II: Vertrag 1, Klausel 11b, S. 141.

20 Zahrnt, S. 322, N 13; ausführlich hinten S. 88.

21 Bernacchi/Larsen, S. 579.

22 Bernacchi/Larsen, S. 592.

23 Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

24 Bernacchi/Larsen, S. 580.

25 Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

Die Erkenntnis, dass verbesserte Systemverfügbarkeit auch von der informationellen Rückkoppelung der Anwender abhängig ist, hat zu einer Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen Anwender und Wartungsfirma geführt. Eine Arbeitsteilung bei der Wartung ist durchaus sinnvoll, da der Anwender bei Ausfällen als erster am System ist, zahlreiche Einzelheiten überblicken kann und auch tätig werden möchte. Der Anwender erhält durch eine Ausbildung die Möglichkeit, selbst Diagnostikroutinen, verknüpft mit Eingriffsmöglichkeiten, durchzuspielen. Auch wenn er schliesslich dennoch den technischen Kundendienst benötigt, hat er auf alle Fälle schon erhebliche Vorarbeit geleistet und ermöglicht dem Einsatzleiter, den richtigen Spezialisten zur Fehlerbehebung zu schicken²⁶.

Eine weitere Zeitersparnis verspricht man sich von der Fernwartung. Fehler sollen mittels Datenfernverarbeitung ermittelt und diagnostiziert werden. Die Wartungszentrale kann dann z.B. nach der Reparatur eines Terminals – der Tausch von Baugruppen ist ja meist rasch vorgenommen – noch schnell eine exakte automatische Überprüfung aller Funktionen vornehmen, was bisher oft nicht möglich war. Dem Bediener in der Wartungszentrale ist es auch möglich, alle Operationen, die ein Systembediener normalerweise am Ort vornimmt, mit entsprechenden Kommandos von der Zentrale aus vorzunehmen. Der Bediener spielt dann alle Diagnostikprogramme im gestörten System per Knopfdruck aus der Zentrale ab bis zu der Stelle, wo der Fehler entdeckt worden ist: Nach einer bestimmten Anzahl von Instruktionen wird jeweils gestoppt und alle wichtigen Registerinhalte und Hardwareinformationen werden der Zentrale übermittelt. Dort werden sie mit Werten eines korrekt arbeitenden Systems – die in einer Datenbank gespeichert sind – verglichen, bis ein Hinweis auf einen Fehler gefunden ist. Dann wird auf schrittweises Vorgehen umgeschaltet und mittels Einzelkommandos der Fehler genau lokalisiert. Der Vorteil der Fernwartung liegt in der vollständigen Austestung der Terminals, der Verminderung der Suchzeit bei Störungen des Systems und der Vermeidung des unnötigen Einsatzes von Spezialisten²⁶.

Daneben gibt es auch die fernunterstützte Wartung, die dem Techniker, sobald seine eigenen Erkenntnisse nicht mehr ausreichen, die notwendige Unterstützung aus der Ferne gewährt. Mit Einschaltung der Wartungszentrale läuft der Vorgang ähnlich ab wie bei der Fernwartung. Auch hier sollte eine wesentliche Zeitersparnis möglich sein²⁶.

c) *Vorbeugende Wartung*

Während die Notwendigkeit der Reparatur eines defekten Geräts offensichtlich ist, ist der Nutzen der vorbeugenden Wartung nicht unbestritten²⁷. Ziel der vorbeugenden Wartung ist es, durch vorzeitiges Auswechseln abgenutzter Teile zukünftige

26 Ausführlich Karck, S. 895.

27 Wittenberg, S. 901: "Lohnt sich die präventive Wartung?"

Systemausfälle zu vermeiden. Problematisch ist nun, dass für diese Kontrollen wertvolle Rechnerzeit verlorengehen kann, vor allem wenn man bedenkt, dass die Wartung während der normalen Arbeitszeiten – und nicht während der Nacht oder am Wochenende – vorgenommen wird²⁸ und eine sinnvolle vorbeugende Wartung mindestens zwei Stunden dauert²⁹. Nur durch Bezahlung von Zuschlägen kann der Anwender eine Wartung ausserhalb der normalen Arbeitszeit erreichen, wobei ihm auch dann Rechnerzeit verlorengehen kann, nämlich wenn seine Anlage 24 Stunden pro Tag arbeitet. Dann gerät der Kunde automatisch in Versuchung, auf die vorbeugende Wartung ganz zu verzichten³⁰.

Verschiedentlich wurde die Wirkung der vorbeugenden Wartung untersucht. Das Ziel besteht darin, eine optimale Wartung mit einem minimalen Aufwand zu erreichen. Der optimale Wartungszyklus³¹ lässt sich errechnen durch die Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs zwischen Wartungszyklus und Ausfallverhalten³².

Das Hauptinteresse des Anwenders richtet sich auf einen hohen Nutzungsgrad, der aber nicht nur durch Störungen, sondern auch durch Betriebsunterbrüche zur Vornahme der vorbeugenden Wartung beeinflusst wird. Die vorbeugende Wartung müsste deshalb – wie von den Wartungsfirmen behauptet – die Störanfälligkeit wesentlich herabsetzen, damit der Nutzungsgrad dennoch erhöht würde. Genau dies erreicht sie aber oft nicht³³!

Damit soll nicht gesagt werden, eine vorbeugende Wartung sei überhaupt sinnlos. Aber es sollte genauer differenziert werden. Zuerst einmal ist zwischen mechanisch und elektronisch funktionierenden Baugruppen zu unterscheiden. Mechanische Teile haben ein durch betriebszeitabhängiges, elektronische Teile ein durch betriebszeitunabhängiges Ausfallverhalten gekennzeichnetes Gesamtverhalten. Alle Geräte bestehen sowohl aus elektronischen wie auch aus mechanischen Baugruppen, wobei allerdings besonders die peripheren Geräte viele mechanische Teile enthalten. Deren betriebszeitabhängiges Ausfallverhalten lässt sich beeinflussen durch Auswechseln von Verschleissteilen, Justage, Reinigung, Schmieren usw.³⁴.

Aus diesen Feststellungen lässt sich folgender Schluss ziehen: Bei einer Zentraleinheit, die sich weitgehend selbst überwacht und nur mit Ausfall von Rechnerzeit gewartet werden kann, ist die vorbeugende Wartung weitgehend zu unterlassen³⁵. Anders ist die Lage bei peripheren Geräten: Sie enthalten sehr viele mechanische Teile, die bekanntlich ein betriebszeitunabhängiges Ausfallverhalten zeigen. Hier kann durch vorbeugende Wartung (Auswechseln der Verschleissteile, Reinigung usw.) der Nutzungsgrad gesteigert werden. Zudem stehen oft mehrere Geräte mit

28 Wittenberg, S. 901; Anhang II: Vertrag 2, Klausel 4a; Vertrag 4, Klausel 2; S. 142 ff.

29 Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

30 Dachev, S. 8; Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

31 Gemeint ist der Zyklus für die vorbeugende Wartung.

32 Vgl. Beispiele in Rechentechnik und Datenverarbeitung Bd. 10 (1973), Heft 11, S. 27 und in Angewandte Informatik 21, Februar 1979, S. 57 ff.

33 Graef/Schubring, S. 233/34; Hieber/Rzehak, S. 237 ff.; Wittenberg, S. 903.

34 Rechentechnik und Datenverarbeitung Bd. 10 (1973), Heft 11, S. 27.

35 Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

der gleichen Funktion zur Verfügung, so dass keine Rechenzeit verlorengeht, oder es kann, wenn z.B. nur *ein* Drucker vorhanden ist, vorübergehend auf Magnetbandaufzeichnung ausgewichen werden. Für vollständige Funktionstests wird zwar die Zentraleinheit benötigt, doch gibt hier das Multiprogramming die Möglichkeit, Ausfall von Rechnerzeit zu verhindern, wenigstens solange die Nebenprogramme nicht so viele Speicher belegen, dass das Hauptprogramm betroffen wird³⁶.

Als Fazit ist festzuhalten, dass sich vorbeugende Wartung bei Geräten der Peripherie lohnt, bei der Zentraleinheit jedoch wenig Nutzen bringen kann.

d) Vorgesehene Nutzungszeit

Das vierte Element zur Festlegung des Nutzungsgrades ist die geplante Nutzungszeit. Sie ist die Grundlage für die Berechnung der Systemverfügbarkeit, da von dieser Zeit alle Stillstandszeiten (sei es wegen Störungen oder wegen vorbeugender Wartung) abgezählt werden, um zur effektiven Nutzungszeit zu gelangen, die dann mit der geplanten Nutzungszeit verglichen wird.

Es ist wichtig, dass nur die vorgesehene und nicht die insgesamt mögliche Nutzungszeit berücksichtigt wird³⁷. So kann z.B. eine Nutzung nur während einer Fünftagewoche – also 120 Stunden – geplant sein. Berechnet man dann aber die Systemverfügbarkeit von der insgesamt möglichen Nutzung her, so wird von 168 Stunden pro Woche ausgegangen; die Berechnung wird dadurch total verfälscht, der Nutzungsgrad zu hoch angegeben.

e) Schlussfolgerung

Ein Computersystem erbringt den höchstmöglichen Nutzen, wenn der Zeitraum zwischen zwei Störungen (MTTF) möglichst gross³⁸, die zur Behebung der Störung benötigte Zeit (MTTR) möglichst klein ist, für die vorbeugende Wartung das beste Kosten-/Nutzenverhältnis gefunden (bester Wartungszyklus) und dadurch als Resultat die geplante Nutzungszeit annähernd erreicht wird. Mit dem Wartungsvertrag kann der Kunde die Verringerung der MTTR und die Erreichung des bestmöglichen Wartungszyklus³⁹ zum Teil fördern, doch letztlich ist der Fortschritt der Technik entscheidend, weil die Technik den möglichen Zugeständnissen der Wartungsfirmen Grenzen setzt.

36 Ausführlich Hieber/Rzehak, S. 237 ff.

37 Bernacchi/Larsen, S. 583.

38 Vgl. aber vorne S. 82, 2. Absatz.

39 Durch Ausbedingen eines Mitspracherechts bei der Festlegung des Wartungszyklus.

C. *Die Leistungen der Wartungsfirma im einzelnen*

1. Instandhaltung

Bei der vorbeugenden Wartung werden die wesentlichsten Funktionen und das Zusammenspiel der Systemkomponenten geprüft. Daneben werden die Geräte von Verschmutzungen gereinigt und abgenutzte Teile ausgetauscht. Ferner werden die Justagen kontrolliert und, wenn nötig, korrigiert⁴⁰.

Wie vorne⁴¹ dargelegt, besteht ein Hauptproblem bei der vorbeugenden Wartung darin, dass durch ein Übermass die Systemverfügbarkeit vermindert statt vergrössert wird. Diese Frage betrifft deshalb vitalste Interessen des Kunden. Trotzdem räumen ihm die Wartungsverträge kein Mitspracherecht bei der Festlegung des Wartungszyklus ein, sondern er hat das Wartungsprogramm der Firmen zu akzeptieren. Die Aufstellung eines Programms einschliesslich vorzunehmender Arbeiten wird als Sache der Wartungsfirma angesehen.

Ein zweiter wichtiger Aspekt für den Kunden ist der Zeitpunkt der Wartung. Deshalb muss bei der Aufstellung des Wartungsplans, der die Wartungsbereitschaft und den Zeitpunkt der Vornahme der vorbeugenden Wartung für jedes Gerät enthält, den betrieblichen Gegebenheiten des Kunden, soweit zumutbar, Rechnung getragen werden. Vor allem wenn die vorbeugende Wartung anschliessend an eine Entstörung durchgeführt werden soll, ist eine Zustimmung des Kunden unbedingt erforderlich, da ihm eine weitere Verlängerung des Ausfalls während eines relativ kurzen Zeitraums nicht ohne weiteres zuzumuten ist⁴².

Sowohl beim Aufstellen des Wartungsprogramms als auch bei der Festsetzung des Wartungszeitplans ist der Kunde gegen ein unbilliges Vorgehen der Wartungsfirma geschützt. Das dem Art. 71 II des Obligationenrechts zugrundeliegende allgemeine Prinzip, dass die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens zur Vertragsgestaltung an die Billigkeit gebunden ist, verhindert eine einseitige Bevorzugung der Wartungsfirma⁴³.

Der Wartungszeitplan kann durch Parteivereinbarung abgeändert werden, wenn der Kunde die Maschinen nicht mehr zur vorgesehenen Zeit zur Verfügung stellen oder die Wartungsfirma ihre Techniker dadurch besser auslasten kann⁴⁴.

Zu einer genaueren Information des Kunden ist es wünschenswert, dass nach Beendigung der Arbeiten ein Protokoll aufgesetzt und von den Parteien unterzeichnet wird. Es soll Angaben über die gewartete Maschine, den Beginn und die Dauer der Wartung enthalten. Anhand dieser Angaben kann der Kunde dann den Nutzen

40 Anhang II: Vertrag 3, Klausel 1A a, S. 143.

41 S. 84.

42 Bernacchi/Larsen, S. 593.

43 Auer, S. 58 ff.; Merz, N 177 f. zu ZGB 2; Meier-Hayoz, N 25 zu ZGB 4; vgl. auch vorne S. 57 f.

44 Zahrnt, S. 315, N 2; vgl. Anhang II: Vertrag 1, Klausel 7, letzter Absatz; Vertrag 2, Klausel 4e.

der Wartung besser abschätzen und auch entscheiden, ob er nicht besser fährt mit einer Wartung auf Material- und Zeitbasis⁴⁵.

2. Instandsetzung

Auch die gewissenhafteste vorbeugende Wartung kann nicht verhindern, dass das System doch einmal ausfällt. Die vorbeugende Wartung ist ja vor allem geeignet, Ausfälle infolge Abnutzungserscheinungen bei den mechanischen Teilen zu verhindern. Bei elektronischen Baugruppen mit einem benutzungsunabhängigen Ausfallverhalten kann es deshalb trotzdem zu spontanen "Aussteigern" kommen⁴⁶.

Bei einem Systemausfall wird die Wartungsfirma benachrichtigt. Sie wird sich bemühen, die Störung, wie vertraglich zugesichert, *schnellstmöglich* zu beheben. Dabei stehen ihr zur Fehlereingrenzung moderne technische Hilfsmittel zur Verfügung, welche die Reparaturzeit wesentlich verkürzen können⁴⁷. Die defekten Teile werden dann ausgetauscht und durch neue bzw. neuwertige Teile ersetzt. Während die Anlage beim Kunden bereits wieder läuft, können die ausgewechselten Teile u.U. in den Werkstätten des Herstellers wiederhergestellt werden. Der Kunde erwirbt am eingesetzten Teil Eigentum, der ausgewechselte Teil dagegen geht ins Eigentum der Wartungsfirma über⁴⁸.

Für ihre Reparaturarbeiten geben die meisten Wartungsfirmen eine *Erfolgsgarantie* ab. Meist wird der Erfolg indirekt garantiert, indem als Leistung "die Behebung der Störung" oder "die Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft" bezeichnet wird⁴⁹. Diese Erfolgsgarantie wird auch von der Herstellerseite geradezu als natürlich bezeichnet⁵⁰. Vereinzelt wird allerdings nur eine vage Zusicherung gegeben, eine "fachgemässe Reparatur" vorzunehmen" oder "die übertragenen Aufgaben sorgfältig zu erfüllen"⁵¹, was auch immer das bedeuten mag. Solche Klauseln sollte der Kunde nicht akzeptieren; die Leistungen der Wartungsfirma müssen kristallklar umschrieben sein, denn welche Firma würde umgekehrt die Klausel akzeptieren, der Kunde werde "sich nach besten Kräften bemühen, die Wartungsgebühr zu bezahlen"⁵²?

Ein Hauptproblem bei den Reparaturarbeiten bleibt die *Verkürzung der Zeit bis zur Behebung der Störung*. Ein wesentlicher Fortschritt ist sicher die Verbesse-

45 Vgl. Anhang II: Vertrag 1, Klausel 5; Vertrag 3, Klausel 2; S. 140.

46 Vgl. vorne S. 84.

47 Vgl. vorne S. 83.

48 Vgl. Anhang II: Vertrag 1, Klausel 1; Vertrag 2, Klausel 2b; Vertrag 3, Klausel 5; Vertrag 4, Klausel 2, letzter Absatz; S. 139 ff.

49 Vgl. Anhang II: Vertrag 2, Klausel 2b; Vertrag 3, Klausel 1B; Vertrag 4, Klausel 1; S. 142 ff.

50 Kaye, S. 82.

51 Vgl. Anhang II: Vertrag 5; Vertrag 6, Klausel 1; S. 145.

52 Bedell-Pearce, vor allem S. 92: "Performance".

nung der Diagnosemöglichkeiten⁵³. Im weiteren sollte aber auf einen schnellstmöglichen Beginn der Instandsetzungsarbeiten gedrängt werden. Zwar versprechen die Wartungsfirmen, Reparaturarbeiten so rasch wie möglich zu beginnen⁵⁴, doch ist diese Zusicherung zu vage. Grosskunden erlangen das Zugeständnis, dass die Arbeit innert *zwei Stunden* nach Eingang der Störungsmeldung begonnen und auf Verlangen auch über die normale Bereitschaftszeit hinaus fortgesetzt wird, wobei für die erste Stunde und für einen Zeitraum, der dem verspäteten Arbeitsbeginn entspricht, keine besondere Vergütung geschuldet ist⁵⁵. Der einzige mögliche Nachteil der Festsetzung einer Reaktionszeit liegt in der Gefahr, dass sich die Wartungsfirma mit der Zeit auf diese Zweistundenfrist versteift und sich nicht mehr bemüht, ihre Techniker schneller an den Einsatzort zu schicken.

Ebenso wichtig wie der rechtzeitige Beginn der Entstörungsarbeiten ist die *Dauer der Reparaturarbeiten*. Es ist recht schwierig, den Wartungsfirmen die Garantie abzurufen, die Reparatur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beenden⁵⁶.

Dieses Ziel kann erreicht werden, indem die Wartungsfirma eine gewisse monatliche Verfügbarkeit des Geräts oder der Anlage – je nach Verantwortungsbereich – garantiert. Wird dieser *Nutzungsgrad* einmal *nicht erreicht*, so erhält der Kunde das Recht auf eine entsprechende Verminderung der monatlichen Wartungsgebühr und bei andauerndem Versagen der Wartungsfirma ein Rücktrittsrecht⁵⁷. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass schlechte Bestandteile eingesetzt werden, ungenügend ausgebildetes Personal geschickt wird, Reparaturarbeiten ungerechtfertigt unterbrochen, notwendige Ersatzteile nicht in genügendem Umfang bereitgehalten und dass Teile an Ort und Stelle repariert werden⁵⁸. Wenn sich eine Firma für fähig hält, Computeranlagen zu warten, dann sollte sie auch bei Nichterreichen der vereinbarten Kriterien konsequenterweise bereit sein, eine Gebührenminderung oder eine fristlose Kündigung zu akzeptieren⁵⁹.

Ein weiterer Weg führt über die Garantie der Wartungsfirma, ein defektes Gerät spätestens *in 24 Stunden zu reparieren* und widrigenfalls einen pauschalierten Schadenersatz zu bezahlen:

- So erlangen etwa Grosskunden die Zusicherung, dass ab 24 Stunden nach der Störungsmeldung für jede in der Bereitschaftszeit liegende Ausfallstunde eine Gutschrift von 1/2% der monatlichen Wartungsgebühr gezahlt werde für das betroffene Gerät und ebenso für weitere, infolge des Ausfalls stillstehende Geräte, soweit sie dem gleichen Vertrag unterstehen. Die Gutschrift beträgt aber pro Tag maximal 1/30 der monatlichen Gebühr⁶⁰. Dieser Nachlass ist insofern logisch, als der Kunde nicht auch noch für eine Leistung bezahlen soll, die er

53 Vgl. vorne S. 83.

54 z.B. Anhang II: Vertrag 6, Klausel 2, S. 145.

55 Anhang II: Vertrag 1, Klausel 8, S. 140.

56 Bernacchi/Larsen, S. 607; Zahrnt, S. 322, N 13.

57 Bernacchi/Larsen, S. 585.

58 Bernacchi/Larsen, S. 587.

59 Eastwell, S. 28.

60 Vgl. Anhang II: Vertrag 1, Klausel 11b, S. 141.

infolge des nicht behobenen Ausfalls gar nicht in Anspruch nehmen kann. Noch nicht gedeckt ist damit der Schaden, der aus der Unbenutzbarkeit der Maschinen entsteht. Die infolge der Unbenutzbarkeit der Anlage entstehenden *Mehrkosten* für die Weiterführung der Datenverarbeitung auf anderen Anlagen kann der Kunde nur versichern, soweit die Unbenutzbarkeit durch *äussere* Einflüsse verursacht worden und die Folge eines gedeckten Schadens an der Datenverarbeitungsanlage oder an den Datenträgern ist. Diese Deckung besteht auch für Schäden, für welche die Wartungsfirma haftet⁶¹. Meines Erachtens ist es auch den Wartungsfirmen möglich, eine Haftung für die Mehrkosten infolge Nichtbehebung von Störungen, die ihre Ursache nicht in äusseren Einflüssen haben, zu übernehmen, ohne dass die Wartungsgebühren drastisch erhöht werden müssten.

- Ausgehend vom Gedanken, dass der Kunde nicht Geld, sondern funktionierende Geräte will⁶², kann vertraglich vereinbart werden, dass die Wartungsfirma nach 24 Stunden eine einwandfrei funktionierende Ersatzmaschine stellt und bei Nichtlieferung einen angemessen hohen, im voraus festgesetzten *pauschalierten Schadenersatz* bezahlt. Der Benutzer muss sich aber im klaren sein, dass solch strenge Verpflichtungen das Geschäftsrisiko der Wartungsfirma erhöhen. Sie wird dieses Risiko abdecken müssen und deshalb die Wartungsgebühr für die so “versicherten” Kunden erhöhen. Der Kunde sollte deshalb prüfen, ausgehend von der Aufgabenstellung der betreffenden Geräte, ob ein Bedürfnis nach einer eigenen Ausweichanlage bzw. nach einer so strengen Garantie besteht⁶³. Sonst könnte er nämlich beispielsweise vereinbaren, dass die Stellung einer Ersatzanlage erst nach einer Woche geschuldet oder die Schadenersatzzahlung auf verschuldete Nichtbehebung der Störung beschränkt ist. Damit erhält er eine günstigere Wartungsgebühr und senkt dadurch seine Betriebskosten, ohne den notwendigen Schutz zu verlieren.

Nach Abschluss der Reparaturarbeiten sollte ein *Wartungsprotokoll* erstellt werden, das folgende Angaben zu enthalten hat: Tag und Zeit des Wartungsbeginns, die Bezeichnung der gewarteten Maschinen, die Dauer der Wartungsarbeiten, den Zeitpunkt der Wiedererlangung der Betriebsbereitschaft, den Zeitpunkt der Störungsmeldung und des Eintreffens des Wartungstechnikers, die Beschreibung der Störung und deren Ursachen⁶⁴. Dieses Protokoll ist von beiden Parteien zu unterzeichnen. Damit wird dem Kunden eine geeignete Beweisgrundlage für allfällige Ansprüche gegen die Wartungsfirma – bei mixed hardware gegen die verschiedenen Hersteller – in die Hand gegeben.

61 Vgl. Anhang XI C, S. 170.

62 Bedell-Pearce, S. 93.

63 Zahrnt, S. 317, N 8.

64 Vgl. Anhang II: Vertrag 1, Klausel 5; auch Vertrag 3, Klausel 2; S. 140 ff.

3. Einbau technischer Verbesserungen

Neben der eigentlichen Wartung verspricht die Herstellerfirma auch den Einbau eventueller technischer Verbesserungen⁶⁵. Für den Kunden ist dies wichtig, weil so die Funktionen der Maschinen verbessert werden können. Da der Hersteller nicht mehr Eigentümer der Maschinen ist – dies im Unterschied zu Leasing und Miete –, ist sein Interesse am einwandfreien Arbeiten der Geräte kleiner⁶⁶, um so wichtiger ist deshalb diese vertragliche Zusage.

Immerhin kann auch der Hersteller ein Interesse am Einbau dieser Verbesserungen haben, insoweit nämlich dadurch störanfällige Teile ausgeschaltet werden und deshalb weniger Reparaturleistungen erbracht werden müssen⁶⁷.

Umgekehrt kann der Einbau technischer Verbesserungen dem Kunden Nachteile bringen. Zu denken ist einmal an die Benutzer von mixed hardware, deren System bekanntlich aus Geräten verschiedener Hersteller zusammengesetzt ist. Hier könnten sich neue Kompatibilitätsprobleme ergeben. Ferner können Änderungen der Hardware Anpassungen der Software verlangen⁶⁸, was ebenfalls Kosten verursacht. Bei abgeänderten Modellen kann der Einbau technischer Verbesserungen auch zusätzliche Wartungsleistungen und Mehrverbrauch an Ersatzteilen zur Folge haben. Aus all diesen Gründen sollte die Herstellerfirma verpflichtet sein, den Kunden vorgängig genau aufzuklären⁶⁹. Auf Neuerungen, die für den betreffenden Kunden unvorteilhaft sind, ist zu verzichten; entstehende Risiken hat der Hersteller zu tragen, da er als Fachmann die Folgen abschätzen kann.

4. Recht auf Wartung ausserhalb der Wartungszeit

Viele Wartungsfirmen räumen ihren Kunden auch das Recht ein, gegen Bezahlung eines Zuschlags die Behebung von Störungen ausserhalb der normalen Wartungsbereitschaft zu verlangen⁷⁰. Daran kann der Kunde ein vitales Interesse haben, weil damit das Verstreichen teurer Wartezeit bis zum Beginn der Entstörung vermieden werden kann.

65 Anhang II: Vertrag 2, Klausel 3; Vertrag 4, Klausel 1; S. 142 ff.

66 Besonders, weil die Hersteller in ihren Wartungsverträgen keine minimale monatliche Verfügbarkeit garantieren, für die sie dann einzustehen hätten.

67 Zahrnt, S. 25, N 33.

68 Zahrnt, S. 295, N 5.

69 So ausdrücklich Anhang II: Vertrag 1, Klausel 1, letzter Absatz, S. 139.

70 Anhang IV: Vertrag 2, Klausel 2c; Vertrag 3, Klausel 1e; Vertrag 4, Klausel 4; S. 152 ff.

D. Nicht geschuldete Leistungen

1. Sonderleistungen

Nicht im Wartungsvertrag inbegriffen ist einmal die Lieferung von Zubehör und Betriebsmitteln wie Papier, Magnetbändern und Farbbändern, da diese Gegenstände nicht unter den Begriff Ersatzteile fallen⁷¹.

Kleinere, in kurzen Zeitabständen vorzunehmende Reinigungs- und Unterhaltsarbeiten werden vom Operateur des Kunden selbst vorgenommen⁷².

Ebenfalls nicht inbegriffen sind Umbauten und Umsetzung der Anlage; diese Arbeiten sind separat zu entgelten⁷³. Alle Herstellerfirmen lehnen die Wartung von Geräten anderer Hersteller ab⁷⁴. Das ist begreiflich, weil die Wartungstechniker diese Maschinen nicht kennen und deshalb auch nicht Arbeiten an ihnen vornehmen können. Das Problem für den Kunden besteht dabei darin, dass er bei der Wartung mit verschiedenen Firmen zusammenarbeiten muss und bei Störungen nicht mehr weiss, welche Firma er zu Hilfe rufen soll. Diese Schwierigkeiten liessen sich nur durch Vergabe der Wartung an eine unabhängige Wartungsfirma lösen⁷⁵.

Viele Firmen schliessen auch Generalrevisionen, die nach einer gewissen Benutzungszeit nötig werden, von der normalen Wartung aus⁷⁶. Nun ist es aber schwierig, genau festzustellen, wo die Wartung aufhört und die Überholung beginnt. Ferner ist der Zeitpunkt der Vornahme unbestimmt, so dass die Wartungsfirma nach Belieben eine besonders gründliche, kostenpflichtige Wartung vornehmen kann. Und dann ist noch zu bedenken, dass bei guter Wartung eine Generalrevision gar nicht notwendig sein sollte⁷⁷. Zudem widerspricht sie auch dem Sinn der Pauschalierung⁷⁸.

2. Behebung von Schäden infolge höherer Gewalt, Selbst- oder Drittverschuldens

Die grösste und zugleich problemreichste Gruppe nicht inbegriffener Leistungen betrifft die Behebung von Störungen, die nicht von der betreffenden Wartungsfirma zu vertreten sind⁷⁹:

71 Anhang III: Vertrag 1, Klausel 1c; Vertrag 2, Klausel 1d; Vertrag 3, Klausel 1a; S. 146 ff.

72 Anhang IV: Vertrag 3, Klausel 8; Vertrag 4, Klausel 5; S. 154 ff.

73 Anhang III: Vertrag 1, Klausel 1c (am Ende); Vertrag 2, Klausel 1c; Vertrag 3, Klausel 1b; Vertrag 4, Klausel 1; S. 146 ff.

74 Anhang III: Vertrag 2, Klausel 1b, Absatz 2 (indirekt), ebenso auch die andern Verträge, S. 147 ff.

75 Vgl. die ausführlichen Äusserungen dazu vorne S. 67 ff.

76 Anhang III: Vertrag 3, Klausel 3, S. 149.

77 Bernacchi/Larsen, S. 622; Timperley, S. 46.

78 Zahrnt, S. 311, N 16.

79 Vgl. die ausführlichen vertraglichen Regelungen in Anhang III, S. 146 ff.

- Dazu gehören einmal Schäden, die aus der Nichtaufrechterhaltung der Betriebsvoraussetzungen entstehen. Die Wartungsfirma schreibt dem Kunden eine bestimmte optimale Klimatisierung und Stromversorgung für die Maschinen vor⁸⁰. Diese Betriebsbedingungen dürfen nur innerhalb bestimmter Toleranzgrenzen schwanken; bei grösseren Abweichungen erleidet die Maschine einen Schaden, dessen Behebung der Kunde zu tragen hat⁸¹.
- Weiter fallen darunter Schäden aus unsorgfältiger Bedienung. Dabei trägt der Hersteller aber das Risiko für unverschuldete Verstösse gegen die Bedienungsanleitung, denn im Zweifel ist das Gerät oder die unklare Anweisung Schadensursache⁸².
- Schäden durch höhere Gewalt trägt der Kunde als Eigentümer nach dem Grundsatz “Causa sentit dominus”. Denn der Eigentümer kann einen ihm entstandenen Schaden nur auf Dritte abwälzen, wenn ihm einer der drei im schweizerischen Haftpflichtrecht vorgesehenen Wege offensteht. Diese sind: die Berufung auf Verschulden, auf Schadensübernahmevertrag (Versicherung, Garantie, Bürgschaft) und auf gesetzliche Vorschrift (Kausalhaftung, Geschäftsführung ohne Auftrag, obligatorische Versicherungen)⁸³. Zwar ist der Computerwartungsvertrag auch Schadensübernahmevertrag⁸⁴, doch sind kraft Vertragsfreiheit gerade Schäden durch höhere Gewalt ausgenommen.
- Hier stellt sich auch die Frage, wer das Risiko trägt, dass sich ein üblicherweise unbedeutender Fehler gravierend auf die ganze Anlage auswirkt, z.B. eine schwelende Schaltung, die andere Bauteile unbrauchbar macht. Zahrnt⁸⁵ vertritt die Meinung, dass der Eigentümer dieses Risiko trägt, soweit sich der Schaden nicht durch eine vorbeugende Wartung mit angemessenem Aufwand hätte vermeiden lassen. Meines Erachtens widerspricht dies dem im Wartungsvertrag enthaltenen Versicherungsgedanken⁸⁴, die Wartungsgebühr deckt auch die Behebung dieses Schadens; nur die Reparatur eines Schadens, der auf höhere Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden zurückzuführen ist, muss der Eigentümer selbst bezahlen.
- Nicht inbegriffen sind auch Schäden aus der Umsetzung einer Anlage oder Schäden, die infolge unsachgemässer Arbeiten fremder Wartungstechniker entstanden sind. Dazu gehören auch der Einbau fremder Teile und die Veränderung einer Maschine durch Eingriffe in die physische, mechanische oder elektrische Struktur eines Geräts.
- Eine wichtige Untergruppe sind die Störungen, die von fremden Maschinen oder Betriebsmitteln verursacht worden sind. Der Ausschluss ihrer kostenlosen Reparatur ist an sich durchaus vernünftig, doch kommt es bei der Wartung fast

80 Dachev, S. 8.

81 Zahrnt, S. 303, N 6.

82 Zahrnt, S. 303, N 6.

83 Oftinger, Haftpflicht, S. 33.

84 Vorne S. 7 f. und 37 ff.

85 Zahrnt, S. 302, N 3.

notwendig zu Interessenkonflikten⁸⁶. Die Herstellerfirma erbringt eben nicht nur die Wartungsleistung, sondern möchte auch ihre eigenen Geräte und Betriebsmittel verkaufen. Sie wird deshalb sofort den Verdacht äussern, der Fehler sei vom Hersteller des fremden Produkts zu vertreten⁸⁷. Bei mixed hardware schiebt dann jeder Hersteller die Schuld einem andern zu und dieses Spielchen kostet den Benutzer wertvolle Reparaturzeit. Die optimale Lösung ist auch hier die Beauftragung einer unabhängigen Firma mit der Wartung des ganzen Systems⁸⁸. Mindestens müssen aber alle beteiligten Firmen verpflichtet werden, gegen Bezahlung an der Fehlereingrenzung mitzuwirken, und zwar nicht mit der branchenüblichen, vieldeutigen Einschränkung "im Rahmen des Zumutbaren"⁸⁹.

- Als letzter Bestandteil dieser Gruppe wird auch die Schadensbehebung infolge der Verwendung der Geräte für nicht vorgesehene Einsatzzwecke – was auch immer das heissen mag – ausgeschlossen.

Generell ist zu all diesen Beschränkungen folgendes zu bemerken: So begreiflich es ist, dass die Wartungsfirmen nicht Gratisleistungen für nicht selbst verschuldete, nicht voraussehbare und deshalb unkalkulierbare Schäden leisten wollen, so verletzlich wird doch dadurch die Stellung des Kunden. Kernproblem ist immer die Frage, wer über das Vorliegen des Falles – der zudem oft sehr unpräzise formuliert ist – entscheidet. Da der Hersteller immer die sachkundigere Partei ist, fällt es ihm leichter als dem in der Regel wenig erfahrenen Kunden, den Beweis anzutreten. Deshalb ist es sachlich richtiger, ihm die Beweislast aufzubürden und ihn die Folgen der Beweislosigkeit tragen zu lassen.

Als absolutes Minimum sollte aber der Kunde bei Streitigkeiten die Möglichkeit haben, vom Hersteller die Weiterführung der Wartung zu verlangen, wenn auch auf eigene Kosten, oder Hilfe von dritter Seite zu beanspruchen, ohne seinen Anspruch auf künftige Wartungsleistungen zu verlieren⁹⁰.

Der Kunde kann sich gegen Sachschäden an seiner Computeranlage, für welche die Wartungsfirma nicht haftet, weitgehend versichern, z.B. gegen unsachgemässe Bedienung, vorsätzliche Beschädigungen durch betriebseigene oder -fremde Personen, Versagen von Sicherheitseinrichtungen, höhere Gewalt usw. Ausgenommen sind dagegen Schäden, die durch einen Wartungsvertrag abgedeckt werden können, um dem gelegentlich vorgekommenen Missstand abzuhelpen, dass der Kunde gegen günstige Versicherungsprämien Schäden infolge mangelnder (teurerer!) Wartung auf die Versicherungsgesellschaft abwälzen kann. Nicht versichert sind auch Schäden infolge dauernder, voraussehbarer, äusserer Einflüsse, infolge von Fehlern, die dem Kunden bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, infolge Weiterverwendung der beschädigten Anlage und infolge einiger – abschliessend aufgezählter – ausserordentlicher Ereignisse⁹¹.

86 Eastwell, S. 27.

87 Bernacchi/Larsen, S. 587.

88 Ausführlich vorne S. 67 ff.

89 Vgl. Anhang III: Vertrag 1, Klausel 2; ungünstiger Vertrag 3, Klausel 2; S. 146 ff.

90 Bernacchi/Larsen, S. 621.

91 Vgl. die Versicherungsbedingungen in Anhang XI A, S. 168.

II. Leistungen des Kunden

A. Zahlungspflichten

Die Hauptpflicht des Kunden besteht in der Bezahlung der Leistungen der Wartungsfirma.

1. Wartungsgrundgebühr

Für ihre Leistungen verlangt die Wartungsfirma eine vertraglich festgesetzte monatliche Wartungsgrundgebühr. Diese Gebühr ist geschuldet für eine Wartungsbereitschaft von 180 Stunden, dauernd jeweils von Montag bis Freitag während der normalen Arbeitszeit der Wartungsfirma⁹². Da die Verträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen sind, die effektiven Kosten der Wartungsfirma sich aber mit der Zeit verändern, muss vertraglich ein Spielraum für Abänderungen dieser Pauschale vorgesehen sein, ohne dass dafür gleich der ganze Vertrag geändert werden muss⁹³.

Für diese Anpassungen ist eine je nach Vertrag variierende Ankündigungsfrist (bei den Wartungsfirmen meist 3 Monate) vorgesehen⁹⁴. Oft wählen die Wartungsfirmen dafür die gleiche Frist wie für die Kündigung des ganzen Vertragswerks. Da diese Kündigungsfristen aber – dem Sinn des Wartungsvertrags widersprechend⁹⁵ – immer sehr kurz sind, genießt der Kunde dadurch nicht etwa einen besonders guten Schutz gegen Preiserhöhungen. Der Kunde seinerseits kann auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Gebühren den Vertrag kündigen⁹⁴.

In einem Teil der Verträge ist eine Sonderregelung für Steuererhöhungen und neue Steuern und Gebühren vorgesehen. Es wird dabei vereinbart, dass diese Kosten direkt auf den Kunden überwält werden. Auf Ankündigungsfrist und Kündigungsrecht für den Kunden wird verzichtet⁹⁶.

Die Regelung der Preisanpassung in den Verträgen vieler Wartungsfirmen ist nicht unproblematisch. Meistens fehlt nämlich eine Preislimitierung und damit erhält die Firma einen Blankocheck⁹⁷; der Kunde ist nur noch – sehr ungenügend – durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs geschützt. Das Argument, der freie Wettbewerb oder staatliche Regelungen verhinderten Auswüchse, vermag nicht zu überzeugen, da der Kunde nie von vornherein wissen kann, ob er nicht doch in eine Ausnahmesituation gerät⁹⁷. Zu denken ist dabei an einen Fall, in dem der Hersteller zur Förderung des Verkaufs seiner neuen Geräte die Gebühren für die War-

92 Anhang II: Vertrag 2, Klausel 4a; Vertrag 3, Klausel 3; Vertrag 4, Klausel 2; S. 142 ff.

93 Bedell-Pearce, S. 91; vgl. auch Zahrnt, S. 299, N 3.

94 Anhang IV: Vertrag 2, Klausel 1e; Vertrag 3, Klausel 4; S. 152 ff.

95 Vgl. vorne S. 7.

96 Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 2, Klausel 2a; anders Vertrag 3, Klausel 4; S. 150 ff.

97 Bedell-Pearce, S. 91.

tung älterer Maschinen bewusst prohibitiv verteuerte, bei einem Weiterverkauf den Abschluss neuer Wartungsverträge verweigerte und für gewisse, über zehnjährige Anlageteile die Wartung generell einstellte⁹⁸.

Deshalb muss mindestens vereinbart werden, dass jede Preiserhöhung genau zu begründen ist⁹⁹. Besser ist aber die Koppelung der Gebühr an einen vorher genau bestimmten Index¹⁰⁰, wobei aber z.B. nicht der Lohnkostenindex der gesamten Metallindustrie massgebend sein sollte, sondern der Lohn der eingesetzten Wartungstechniker¹⁰¹. Sofern die Wartungsfirma verpflichtet ist, den Kunden zu informieren, wenn die Wartung erleichtert oder verbilligt werden kann¹⁰², so kann auch für Preismässigungen ein ähnliches Verfahren vorgesehen werden.

Am besten fährt der Kunde, wenn er von der Wartungsfirma die Zusage erhält, dass er nie mehr bezahlen muss als jeder andere Benutzer, der gleiche Dienstleistungen bezieht. Dieses Zugeständnis der Meistbegünstigungsklausel erreichen allerdings nur Grosskunden, vor allem Regierungen¹⁰³.

2. Extrazahlungen und Zuschläge

Neben dieser Wartungsgrundgebühr können noch diverse Zuschläge geschuldet werden. Es ist für den Kunden wichtig, dass im Vertrag ganz genau festgehalten wird, was separat bezahlt werden muss und auf welche Leistungen Zuschläge erhoben werden dürfen¹⁰⁴; das erspart unangenehme Überraschungen.

Einige Wartungsfirmen verlangen eine Vergütung für Reisezeit und -spesen, wenn eine Anlage weit entfernt von dem Ort, wo der nächste Wartungsstützpunkt liegt, aufgestellt ist, oder auch bei Geräten, die von der Hauptanlage örtlich getrennt aufgestellt sind (Aussenstationen)¹⁰⁵. Solange dieser Betrag pauschaliert ist, bleibt er für den Kunden genau kalkulierbar. Problematisch wird es, wenn der Kunde einfach jedesmal, wenn er vom Wartungstechniker Besuch erhält, die Reisekosten und -spesen zu bezahlen hat. Das hat dann nämlich zur Folge, dass der Kunde bei einem schlechten oder schlecht gewarteten Gerät auch noch mehr für die Wartung bezahlt als bei einem guten oder gut gewarteten Gerät¹⁰⁶. Der Kunde muss deshalb darauf drängen, dass wenigstens ein monatliches Maximum für diese Kosten fixiert wird.

Selbstverständlich sind alle Leistungen, die von der Wartungsfirma gemäss Vertrag nicht zu erbringen sind, separat zu bezahlen. Das gilt z.B. für Entstörungen

98 Timperley, S. 46.

99 Vgl. Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 3, S. 150.

100 Bedell-Pearce, S. 91.

101 Zahrnt, S. 312, N 21; vgl. Anhang IV: Vertrag 4, Klausel 3, S. 155.

102 Anhang II: Vertrag 1, Klausel 2, S. 139.

103 Bedell-Pearce, S. 92; Zahrnt, S. 9, N 5; vgl. Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 4, S. 151.

104 Bedell-Pearce, S. 91; Bernacchi/Larsen, S. 590.

105 Vgl. Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 5; Vertrag 2, Klausel 2b; Vertrag 4, Klausel 4; S. 151 ff.

106 Bernacchi/Larsen, S. 590.

ausserhalb der Wartungszeit¹⁰⁷, wobei allerdings die Ersatzteile gratis geliefert werden müssen. Zu dieser Gruppe gehören auch die zusätzlichen Zahlungen, die gefordert werden, wenn die Wartung erschwert oder der Wartungsaufwand grösser wird infolge fremder Geräte, fremden Zubehörs oder fremder Betriebsmittel und infolge Kapazitätsänderungen oder anderer Eingriffe durch fremde Techniker¹⁰⁸.

Zuschläge auf die Grundgebühr erheben die Wartungsfirmen für die Erweiterung der Wartungsbereitschaft über die vorgesehenen 180 Stunden pro Monat hinaus¹⁰⁹. Auch wenn die Bereitschaftszeit nicht ausgedehnt wird, die Maschine aber mehr als 180 Stunden pro Monat im Einsatz ist, wird meist ein Zuschlag gefordert¹¹⁰. Die Benutzungszeit wird durch einen an der Maschine angebrachten Zähler ermittelt. Der Kunde hat am Monatsende den Zählerstand der Wartungsfirma mitzuteilen. Bei Geräten ohne Zähler – das sind vor allem die selten in vollem Mehrschichtenbetrieb eingesetzten Peripheriegeräte – wird der Zuschlag nach der erwarteten Nutzung berechnet, wobei die geplanten Personalschichten einen Hinweis geben¹¹¹.

Sicher kann die Mehrbenutzung zu höheren Kosten führen¹¹²; vor allem die mechanischen Bauteile mit ihrem benutzungsabhängigen Ausfallverhalten bedingen diese Mehrkosten. Doch ist hier nachdrücklich auf Untersuchungen hinzuweisen, die ergeben haben, dass eine Verdoppelung oder Verdreifachung (= 24-Stunden-Betrieb) der Nutzungsintensität nicht zwangsweise die gleiche Erhöhung des Wartungsaufwands bedingt bzw. zu einer entsprechend höheren Ausfallerwartung führt¹¹³. Sowieso falsch ist die Vermutung, dass der prozentuale Anteil der Störzeit bei stärkerem Gebrauch zunimmt¹¹⁴. Deshalb darf der Benutzungszuschlag nur sehr mässig sein, er soll nur die zusätzliche Abnutzung decken¹¹⁵.

B. Nebenpflichten

Ausser der Zahlungspflicht hat der Kunde noch einige Nebenpflichten. Erwähnt wird dabei meist die Pflicht, die vom Hersteller aufgestellten Betriebsbedingungen (vor allem Klimatisierung und Stromzufuhr) aufrechtzuerhalten und die Bedienungsvorschriften einzuhalten. Eine Verletzung dieser Pflicht hat zur Folge, dass der Kunde den daraus entstandenen Schaden auf eigene Kosten zu beheben hat¹¹⁶.

107 Anhang IV: Vertrag 2, Klausel 2c; Vertrag 4, Klausel 4; S. 152 ff.

108 z.B. Anhang IV: Vertrag 2, Klauseln 2d und 2, S. 152.

109 Anhang II: Vertrag 2, Klausel 4b; Anhang III: Vertrag 3, Klausel 1e; S. 142 ff.

110 Anhang IV: Vertrag 2, Klausel 1a, S. 151; Anhang II: Vertrag 3, Klausel 3, S. 144.

111 Zahrnt, S. 308, N 4.

112 Zahrnt, S. 296, N 9.

113 Wittenberg, S. 903.

114 Vgl. Untersuchungen von Graef/Schubring, a.a.O., S. 235.

115 Zahrnt, S. 308, N 3.

116 Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 6, S. 151; auch Anhang III: Vertrag 1, Klausel 1b; Vertrag 2, Klausel 1b, Absatz 3; Vertrag 3, Klausel 1c; S. 146.

Daraus ergibt sich, dass die Wartungsfirma weder einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung dieser Nebenpflicht noch einen Schadenersatzanspruch hat, sondern dem Kunden bei Verletzung dieser Pflichten lediglich ein Rechtsnachteil erwächst, indem die Wartungsfirma den vom Kunden selbst verschuldeten Schaden nicht gratis zu beheben hat. Es liegt deshalb keine Obligation, sondern eine Obliegenheit vor¹¹⁷.

Ebenso ist die Pflicht, dem Wartungstechniker Zugang zu den Maschinen zu verschaffen¹¹⁸, eine blosse Obliegenheit. Die Nichterfüllung dieser Vorbereitungshandlung (OR 91) führt zum Gläubigerverzug¹¹⁹ und gibt der Wartungsfirma nach OR 95 ein Rücktrittsrecht gemäss den Regeln über den Schuldnerverzug¹²⁰.

Ferner hat der Kunde die Pflicht zur Mitwirkung an der Fehlereingrenzung durch Einsetzen der Diagnoseprogramme usw.¹²¹. Je schwieriger die Fehlereingrenzung wird, desto grösser ist die Mitwirkungspflicht¹²². Auch hier liegt nur eine Obliegenheit vor¹²³. Sobald der Kunde diese Schadensminderungspflicht verletzt, kann der Richter die Schadenersatzpflicht gemäss OR 44 mindern oder überhaupt aufheben^{124,125}, weil ein Mitverschulden vorliegt.

117 Gauch/Schluep/Jäggi, N 68; von Tuhr/Peter, S. 12 und 108.

118 Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 7; Vertrag 2, Klausel 3; Vertrag 3, Klausel 6; S. 151 ff.

119 Gauch/Schluep/Jäggi, N 1220 ff.; von Tuhr/Escher, S. 72 bei Anm. 25b; vgl. auch den Aufsatz von Bloch, in: SJZ 56 (1960) S. 7.

120 Beispiel: Amtsbericht des Obergerichts Basel-Land, 1958, S. 47; vgl. auch SJZ 56 (1960) S. 8, vor allem Ziff. 2 und 3.

121 Vgl. vorne S. 83 f.

122 Zahrnt, S. 168, N 15.

123 Gauch/Schluep/Jäggi, N 68.

124 von Tuhr/Peter, S. 12 und 108.

125 Vgl. auch Zahrnt, S. 168, N 15.

5. Kapitel

Zahlungsmodalitäten

I. Zahlungsfristen

In allen Computerwartungsverträgen wird die Zahlungsfrist ausdrücklich geregelt. Dabei wird unterschieden zwischen der Wartungsgrundgebühr und den übrigen Zahlungen. Die Regelungen für die Bezahlung der Wartungsgrundgebühr differieren sehr. So kann sie monatlich¹, vierteljährlich² oder sogar jährlich³ im voraus fakturiert werden, wobei dem Kunden eine Zahlungsfrist von 30 Tagen eingeräumt ist, oder es kann vorgesehen sein, dass sie sofort zu Monats- oder Quartalsbeginn fällig wird⁴. Auch die Regelung der Zahlung von benutzungsabhängigen Zuschlägen und von andern, nicht im Vertrag inbegriffenen Leistungen ist nicht einheitlich. Zum Teil ist auch hier eine Zahlungsfrist von 30 Tagen eingeräumt⁵, zum Teil wird aber der Betrag mit Rechnungserhalt sofort fällig⁶. Soweit es um Instandsetzungsarbeiten geht, wird durch diese Regelung OR 372 ausser Kraft gesetzt, wonach der Unternehmer eine Vorleistungspflicht hat und das Werk erst bei der Ablieferung zu bezahlen ist. Da diese Bestimmung dispositiver Natur ist, dürfen die Parteien eine abweichende Vereinbarung treffen⁷.

II. Verrechnungsausschluss

Vereinzelte wird eine Verrechnung der Forderungen der Wartungsfirma mit Gegenforderungen des Kunden ausgeschlossen⁸. Die Zulässigkeit eines Verzehrs des Schuldners auf die Verrechnung ist in OR 126 ausdrücklich festgehalten⁹. Immerhin ist dieser Verzicht nach Treu und Glauben auszulegen, woraus sich z.B. ergeben kann, dass er nicht gelten soll für eine Ersatzforderung wegen absichtlicher oder grob fahrlässiger Schädigung durch den Gläubiger¹⁰. Da es sich bei den Gegenforderungen des Kunden beim Computerwartungsvertrag aber meistens um Schadenersatzforderungen handeln wird, muss der Verzicht gerade in diesem Fall für vereinbart gelten.

1 z.B. Anhang V: Vertrag 2, S. 156.

2 z.B. Anhang V: Vertrag 5, S. 157.

3 z.B. Anhang V: Vertrag 7, S. 157.

4 Anhang V: Vertrag 4; Vertrag 6, Klausel 1; S. 156 f.

5 Anhang V: Vertrag 2; Vertrag 5; S. 156.

6 Anhang V: Vertrag 4, S. 156.

7 Gautschi, N 2 zu OR 372.

8 Anhang V: Vertrag 6, Klausel 2, S. 157.

9 Vgl. auch von Tuhr/Escher, S. 198 f.; Sem. 89 (1967) S. 118 f.

10 Vgl. von Tuhr/Escher, S. 199, N 63; vgl. auch SJZ 53 (1957) S. 377.

Wenn man der von der herrschenden Lehre und Praxis vertretenen Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel¹¹ folgt, erscheint der Verrechnungsausschluss als vereinbart. Zwar ist der Verrechnungsausschluss in Computerwartungsverträgen nicht allgemein üblich, doch kommt es bei der Ungewöhnlichkeitsklausel nicht auf die Branchenüblichkeit an, sondern darauf, welchen Inhalt der Gegenkontrahent zu erwarten hatte¹². Dabei hat er eine gewisse Variationsbreite des im einzelnen nicht bedachten Vertragsinhalts in Kauf zu nehmen¹³. Es ist offensichtlich, dass ein Verrechnungsausschluss nicht derart aussergewöhnlich ist, dass man ihn als völlig geschäftsfremd ansehen müsste und der Kunde ihn keinesfalls zu erwarten gehabt hätte.

Anders ist die Lage, wenn man der hier vertretenen Tendenz der neueren Lehre folgt und den Anwendungsbereich der Ungewöhnlichkeitsregel ausdehnt auf alle Standardvertragsklauseln, die zu Lasten des Gegenkontrahenten unbegründet vom dispositiven Recht abweichen¹⁴. Das Fehlen des Verrechnungsausschlusses in den meisten Computerwartungsverträgen beweist, dass diese Klausel keineswegs durch die Eigenart des Geschäfts bedingt ist. Deshalb kann sie nur als vereinbart gelten, wenn der Kunde ihr bewusst in richtiger Erkenntnis ihres Inhalts zugestimmt hat.

III. Ausschluss des Retentionsrechts

Zum Teil wird auch das Retentionsrecht an den beim Kunden aufbewahrten Prüfgeräten, Werkzeugen und Ersatzteilen, die der Wartungsfirma gehören, ausgeschlossen¹⁵. Mit dieser Klausel wird das dem Kunden nach ZGB 895 ff. zustehende Retentionsrecht ausgeschlossen. Dieses Vorgehen ist erlaubt, ZGB 896 II sieht ausdrücklich die Möglichkeit anderslautender vertraglicher Vereinbarungen vor¹⁶. Auch hier ändert nur die erweiterte Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel die Rechtslage.

11 Ausführlich vorne S. 48 ff.

12 Vgl. vorne S. 49.

13 Schönenberger/Jäggi, N 499 zu OR 1.

14 Ausführlich vorne S. 61 ff.

15 Vgl. Anhang V: Vertrag 6, Klausel 3, S. 157.

16 Vgl. auch Oftinger, N 13 ff. zu ZGB 896; Tuor/Schnyder, S. 704.

6. Kapitel

Erfüllungsort

Als Erfüllungsort für die Erbringung der Wartungsleistungen wird vereinzelt ausdrücklich der im Wartungsschein festgehaltene Installationsort der Maschinen angegeben¹. Da sich aus den Umständen kein anderer Erfüllungsort ergeben kann, gilt das gleiche auch dann, wenn eine entsprechende Vereinbarung fehlt (OR 74 I). Sofern der Kunde die Maschine an einem andern Ort aufstellt, verändert er die Voraussetzungen, unter denen der Vertrag eingegangen worden ist. Die Wartungsfirma kann deshalb die sich aus der Lage des neuen Installationsorts ergebenden Mehrkosten auf den Kunden überwälzen, auch wenn sie keine entsprechende Vereinbarung für den Fall der Umsetzung einer Maschine getroffen hat².

Als Erfüllungsort für die Zahlungspflichten des Kunden wird vereinzelt der Hauptsitz der schweizerischen Tochtergesellschaft der Herstellerfirma bezeichnet³. Das gleiche gilt schon aufgrund von OR 74 II Ziff. I und III⁴.

1 Anhang VI: Verträge 1–3, S. 158.

2 Vgl. die ausdrückliche Regelung in Anhang VI: Vertrag 2, Klausel 2, S. 158.

3 Anhang VI: Vertrag 3, S. 158.

4 Ausführliche Darstellung: Günter Schmelcher: Der Erfüllungsort von Geldschulden, u.Diss., Basel 1972.

7. Kapitel

Haftung

I. Die Rechtslage gemäss Gesetz

Wir vorne¹ dargelegt, enthält der Computerwartungsvertrag Elemente des Auftrags, des Werkvertrags und der Versicherung. Da bei Instandsetzungsarbeiten regelmässig ein Erfolg versprochen wird² – nämlich dass die Maschine nach Vornahme der Reparatur wieder einwandfrei läuft –, kommt insoweit eine Anwendung der Haftungsregeln des Werkvertragsrechts (OR 367 ff.) in Frage. Die Verpflichtung zu Instandhaltungsmassnahmen bedingt nur ein Tätigwerden der Wartungsfirma³; für diesen Bereich drängt sich eine analoge Anwendung der Regeln des Auftragsrechts (OR 398 ff.) auf. Daneben sind selbstverständlich auch die Haftungsnormen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zu beachten (OR 97 ff.).

Die Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts verpflichten den Besteller, das abgelieferte Werk baldmöglichst zu prüfen und allfällige Mängel sofort zu rügen (OR 367 I). Bei Mangelhaftigkeit eines Werks steht dann dem Besteller ein dreifaches Wahlrecht zu: Er kann Wandelung, Minderung oder Verbesserung verlangen und hat daneben bei Verschulden des Unternehmers einen Schadenersatzanspruch (OR 368).

Da in der Schweiz unabhängige Wartungsfirmen fehlen⁴, die Computerhersteller nur eigene Geräte warten⁵ und der Kunde nur aus einwandfrei funktionierenden Maschinen Nutzen ziehen kann, kommt für den Kunden aus praktischen Gründen nur eine nachträgliche Verbesserung des Werks in Frage; die Reparatur muss wiederholt werden, was auf eine nachträgliche Erfüllung (OR 107 I) hinausläuft⁶. Der Pflicht zu rechtzeitiger Mängelrüge kommt beim Computerwartungsvertrag keine grosse Bedeutung zu, weil die Wartungsfirma in jedem Fall verpflichtet ist, für die Betriebstüchtigkeit der Maschinen zu sorgen und deshalb notwendige Reparaturen immer wieder auszuführen hat. Genau gesehen kann der Kunde also nur die Vertragserfüllung verlangen. Bei verschuldeter Nichterfüllung oder Schlechterfüllung steht ihm gemäss Gesetz (OR 368 und 97) ein Ersatzanspruch für den erlittenen Schaden zu, wobei die Unfähigkeit zur Erfüllung als Verschulden zu bewerten ist⁷. Dieser Anspruch wird allerdings vertraglich stark eingeschränkt⁸.

Die Haftungsregeln des Auftragsrechts verpflichten den Beauftragten zu einer getreuen und sorgfältigen Ausführung der übertragenen Aufgaben (OR 398 II) und

1 S. 37 ff.

2 Vgl. Anhang II: Vertrag 2, Klausel 2b; Vertrag 3, Klausel 1b; Vertrag 4, Klausel 1; S. 142 ff.

3 Vgl. Anhang II: Formulierung des Instandhaltungsversprechens, S. 141 f.

4 Vgl. vorne S. 67 f.

5 Vgl. vorne S. 92 bei Anm. 77.

6 Gautschi, N 3c zu OR 368.

7 Gautschi, N 20 zu OR 368; ZR 40 Nr. 56; BGE 96 II 351; Pr. 60 Nr. 84; Rep. 97, S. 240.

8 Hinten S. 104 ff.

verbieten eine unbefugte Substitution (OR 398 II). In analoger Anwendung dieser Normen ist die Wartungsfirma verpflichtet, Instandhaltungsarbeiten sorgfältig auszuführen⁹ und die Interessen des Kunden getreulich zu wahren¹⁰. Oft erhält die Wartungsfirma vertraglich das Recht, ihre Pflichten auf einen Substituten zu übertragen¹¹, womit sie nur noch für eine sorgfältige Auswahl und Unterweisung der substituierten Firma haftet (OR 399 II), sofern sie nicht freiwillig eine strengere Haftung übernimmt¹². Die Haftung für Schaden aus ungetreuer oder unsorgfältiger Arbeit wird in allen Computerwartungsverträgen eingeschränkt¹³.

Neben dem Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung kann dem Kunden auch ein Deliktsanspruch gegen die Wartungsfirma zustehen, dann nämlich, wenn die schuldhafte Vertragsverletzung zugleich eine im Sinne von OR 41 widerrechtliche Handlung ist, welche adäquat kausal einen Schaden herbeigeführt hat. Nach herrschender Lehre und Praxis¹⁴ treten dann die beiden Ansprüche in Konkurrenz, wobei "die Tilgung der Forderung im Rahmen des einen Haftungsgrundes sie auch hinsichtlich des andern untergehen lässt"¹⁵. Mit der Wahl des Anspruchs entscheidet der Geschädigte zugleich über die Verjährungsfrist, die Beweislast für das Verschulden, die anwendbare Hilfspersonenhaftung, das anwendbare Recht im Internationalen Privatrecht und den Gerichtsstand¹⁶.

Ein Teil der Lehre lehnt diese Anspruchskonkurrenz ab. Weil vertragliche Milderungen der Haftung nach Treu und Glauben auch für den Deliktsanspruch gelten müssten¹⁷ und sich zudem beide Ansprüche in Tatbestand und Inhalt deckten, erscheine die Vorstellung einer Anspruchskonkurrenz zwecklos; die Deliktshaftung sei auf Fälle zu beschränken, in denen vertragliche Bindungen zwischen den Parteien fehlten oder der Vertragsanspruch nicht mehr geltend gemacht werden könne¹⁸. Wegen der Verschiedenheit der Tatbestände sei dagegen eine Konkurrenz zwischen Vertrags- und Kausalhaftung sinnvoll¹⁹. Die Praxis ist diesen Überlegungen nicht gefolgt; es bleibt festzuhalten, dass der geschädigte Kunde bei Vorliegen der Voraussetzungen neben dem vertraglichen auch einen ausservertraglichen Schadenersatzanspruch geltend machen kann.

9 Ausführlich Gautschi, N 21–38 zu OR 398.

10 Ausführlich Gautschi, N 3–20 zu OR 398.

11 Anhang VIII: Verträge 2 und 4, S. 162.

12 z.B. Anhang VIII: Vertrag 2, S. 162.

13 Ausführlich hinten S. 163 ff.

14 Vgl. die bei Oftinger, Haftpflicht, S. 484 Anm. 29 zitierten Urteile und Autoren; ausführlich Abdel-Wahab, Abdel Razzak: *Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Thèse Genève 1963; BGE 64 II 254, 71 II 107; Pr. 27 (1938) Nr. 149; Sem. 67 (1945) S. 545; ZR 44 Nr. 139; ZBJV 82 (1946) S. 494; ZBJV 111 (1975) S. 196 ff.; ZBJV 114 (1978) S. 225; SJZ 44 (1948) S. 317.

15 Ausführlich Oftinger, Haftpflicht, S. 482 ff.

16 Vgl. Oftinger, Haftpflicht, S. 489.

17 Für Oftinger (Haftpflicht, S. 490) ist dies eine Auslegungsfrage; ebenso Neuenschwander, S. 104; Gautschi (FG Oftinger, S. 10 und 13 ff., N 1a zu OR 365, N 25c zu OR 397) hält die Deliktshaftung für zwingend!

18 von Tuhr/Escher, S. 109; von Tuhr/Peter, S. 407, N 5.

19 von Tuhr/Escher, S. 110; vgl. auch BGE 102 II 261; Pra. 66 (1977) S. 7.

II. Überblick über die Regelung in den Computerwartungsverträgen

Die Computerwartungsverträge enthalten immer eine Regelung der Haftung, wobei zugunsten der Wartungsfirmen von den dispositiven Normen des Gesetzes abgewichen wird. Solche vertragliche Haftungserleichterungen nennt man Freizeichnungsklauseln.

Wie die Haftungsnormen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts (Art. 97 I und 99 I), bestimmen auch sämtliche Wartungsverträge, dass nur bei *Verschulden* gehaftet wird²⁰. Zum Teil wird auch die Haftung für leichte Fahrlässigkeit von den Wartungsfirmen wegbedungen²¹.

Ferner wird immer nur der *direkte Schaden* ersetzt, nicht aber Schäden, die sich aus der Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten des Kunden ergeben, und Folgeschäden, wie entgangener Gewinn u.ä.²².

Im weiteren unterscheiden die Verträge zwischen *Personenschäden*, *Sachschäden* und *andern* direkten Schäden²³. Zum Teil wird dabei für Personenschäden eine unbeschränkte Haftung eingeführt²⁴. Für Sachschäden wird die Haftung meist summenmässig begrenzt²⁵, wobei aber die Wiederherstellung beschädigter Geräte wieder unbegrenzt garantiert sein kann²⁶. Weiter kann die Haftung auf Personen- und Sachschäden begrenzt sein, während für andere direkte Schäden nicht gehaftet wird²⁷.

Wichtig für den Kunden ist in diesem Zusammenhang, dass nur Schadensrisiken, die sich infolge *äusserer Einwirkungen* verwirklichen können, *versicherbar* sind. Gedeckt ist dann der verursachte Sachschaden, nicht aber der Folgeschaden²⁸. Zusätzlich versicherbar sind noch die Mehrkosten, die eine Weiterführung der Datenverarbeitung auf einer andern Anlage verursacht²⁹, und Datenverluste³⁰, immer vorausgesetzt, dass diese Schäden Folge eines gedeckten Sachschadens an der Datenverarbeitungsanlage oder an den Datenträgern sind.

20 Anhang VII: alle Verträge, S. 159 ff.

21 Anhang VII: Vertrag 3, Klausel 2 im Unterschied zu Vertrag 1, Klauseln 1–4; Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 4, Klausel 1; S. 159 ff.

22 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 4; Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 3, Klauseln 1 und 2; Vertrag 4, Klausel 1; S. 159 ff.

23 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 3, Klausel 2; Vertrag 4, Klausel 1; S. 159 ff.

24 Anhang VII: Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 4, Klausel ?; Vertrag 3, Klausel 2 im Gegensatz zu Vertrag 1, Klausel 2; S. 160 ff.

25 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 2, Klausel 1 und Vertrag 4, Klausel 1 im Gegensatz zu Vertrag 3, Klausel 2; S. 159 ff.

26 Anhang VII: Verträge 3 und 4, jeweils Klausel 1 im Unterschied zu allen andern Verträgen, wobei Vertrag 3 sowieso keine Begrenzung der Schadenersatzhöhe hat; S. 160 f.

27 Anhang VII: Verträge 3 (Klausel 2) und 4 (Klausel 1) im Gegensatz zu den Verträgen 1 (Klauseln 1–6) und 2 (Klausel 1), S. 160 f.

28 Anhang XI A, S. 168; ausführlich vorne S. 94 bei Anm. 94.

29 Anhang XI C, S. 170; ausführlich vorne S. 90 bei Anm. 64.

30 Anhang XI B, S. 169.

Bei Schäden infolge *Zerstörung gespeicherter Daten* lehnen die Wartungsfirmen jede Haftung für die Wiederbeschaffungskosten ab³¹, während die Kunden eine summenmässig begrenzte Haftung vorsehen, sofern Ersatzkopien vorliegen und die Kosten damit nicht unkalkulierbar hoch sind³². Ein weitgehender Haftungsausschluss für Datenzerstörung ist gerechtfertigt, weil der Kunde im eigenen Interesse für die Datensicherung zu sorgen hat. Diese Vorsorge wird gegenüber der Wartungsfirma zur Schadenminderungspflicht³³. Gegen eventuelle Schäden durch Datenträgervernichtung infolge äusserer Einwirkungen kann sich der Kunde versichern. Diese Datenträgerversicherung schützt ihn aber nicht gegen Datenverluste infolge natürlicher Abnutzung der Datenträger, infolge Fehlprogrammierung, Fehlmanipulationen und versehentlichen Wegwerfens sowie gegen Folgeschäden. Versichert sind dagegen auch Schäden aus äusseren Einwirkungen, die von der Wartungsfirma zu vertreten sind. Voraussetzung für eine Schadenersatzleistung ist allerdings auch hier, dass der Kunde Ersatzkopien angefertigt hat und diese maschinell lesbaren Duplikate in einem separaten Raum oder feuerfesten Datenschränk aufbewahrt³⁴.

Die Haftung für Schaden, der dem Kunden aus der *Verletzung der Geheimhaltungspflicht*³⁵ entsteht, lehnen die Wartungsfirmen entweder generell³⁶ oder doch für den Datenmissbrauch³⁷ ab. Die Kundenseite dagegen verpflichtet die Wartungsfirma zur Geheimhaltung³⁸. Die Geheimhaltungspflicht dürfte allerdings nicht gelten für EDV-Wissen, das bei der Auftragsausführung erworben worden ist. Programme sind geheimzuhalten, soweit sie Urheberrechtsschutz geniessen³⁹.

Der vorliegende Überblick hat gezeigt, dass die Haftungsregelungen in den einzelnen Verträgen äusserst unterschiedlich sind. Gemeinsam ist aber allen die Ablehnung der Haftung für indirekte Schäden, während die übrigen Freizeichnungsklauseln eine bunte Vielfalt zeigen.

Die *Abgrenzung zwischen direktem und indirektem Schaden* ist schwierig vorzunehmen. Sie stammt aus dem gemeinen Recht und wurde für den allgemeinen Teil des alten Obligationenrechts übernommen, indem a.OR 116 bestimmte, dass der Schadenersatz für Vertragsverletzungen auf den unmittelbaren Schaden beschränkt sei⁴⁰. Weil die Abgrenzung in vielen Fällen zu spitzfindigen und willkürlichen Entscheidungen führte⁴¹, hat das rev.OR die Unterscheidung grundsätz-

31 Anhang VII: ausdrücklich Vertrag 3, Klausel 1; Vertrag 4, Klausel 1; versteckt in Vertrag 2, Klausel 2; S. 160 ff.

32 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 3, S. 159.

33 Zahrnt, S. 198, N 23; auch vorne S. 98 bei Anm. 125.

34 Vgl. die ausführlichen Versicherungsbestimmungen in Anhang XI B, S. 169.

35 Zur Geheimhaltungspflicht im allgemeinen vgl. Fuchs, S. 224 f.

36 Anhang VII: Verträge 3 und 4, in beiden verdeckt, S. 160 f.

37 Anhang VII: Vertrag 2, verdeckt in Klausel 2, S. 160.

38 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 6, S. 160.

39 Vgl. Zahrnt, S. 236, N 2 und S. 237, N 5.

40 Giger, N 24 f. zu OR 195.

41 von Tuhr/Peter, S. 89 Anm. 11.

lich beseitigt und nur in einzelnen Spezialnormen daran festgehalten (vor allem OR 195 und 208)⁴². Als Kriterium zur Abgrenzung des direkten vom indirekten Schaden wird oft die Intensität des Schadens bezeichnet⁴³, doch erscheint es als gekünstelt und praktisch undurchführbar, innerhalb des adäquaten Kausalzusammenhangs noch einmal zwischen direktem und indirektem Schaden zu unterscheiden⁴⁴. Die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Interesse⁴⁵ eignet sich nicht als Abgrenzungskriterium, weil dabei von der irrigen Voraussetzung ausgegangen wird, das negative Interesse erfasse nicht den entgangenen Gewinn. Ferner sprechen rechtslogische, terminologische und gesetzessystematische Gründe gegen dieses Abgrenzungskriterium⁴⁶. Da es in OR 195 und 208 beim Ersatz des direkten Schadens um unverschuldeten Schaden geht, rechtfertigt sich für Giger⁴⁷ eine restriktive Auslegung des Begriffs "direkter Schaden". Deshalb wählt er die Unterscheidung zwischen *damnum emergens* und *lucrum cessans* als Abgrenzungskriterium. Auch wenn es beim Computerwartungsvertrag nie um den Ersatz unverschuldeten Schadens geht, so hätte Gigers Lösung doch den enormen Vorteil, eine klare Abgrenzung zwischen direktem und indirektem Schaden zu ermöglichen. Doch zeigt ein Blick auf die im Anhang abgedruckten Haftungsbestimmungen, dass die Verfasser der betreffenden Geschäftsbedingungen die Unterscheidung anders treffen wollen⁴⁸. Klar ist die Regelung dort, wo festgelegt ist, dass mit unmittelbarem Schaden nur die Kosten der Wiederherstellung der beschädigten Güter (Personen oder Sachen) gemeint sind⁴⁹. Bei den übrigen Formulierungen dürften Streitfälle nicht zu vermeiden sein.

III. Die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen

A. Die herrschende Praxis

1. Geltungsvereinbarung, Auslegung, Schranken der Vertragsfreiheit

Da der Computerwartungsvertrag regelmässig schriftlich abgeschlossen wird und die Gerichte bisher die Ungewöhnlichkeitsregel nicht generell auf alle Klauseln

42 Ganz anders ist die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden im Aktienrecht; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, § 25, N 14 (S. 186).

43 Guhl/Merz/Kummer, S. 84; Otfinger, Haftpflicht, S. 60.

44 Ausführlich Giger, N 26 ff., vor allem N 30 zu OR 195.

45 Oser/Schönenberger, N 7 f. zu OR 195 und weitere bei Giger, N 31 f. zu OR 195 zitierte Autoren.

46 Ausführlich Giger, N 33 zu OR 195; vgl. auch Guhl/Merz/Kummer, S. 84.

47 Giger, N 34 zu OR 195.

48 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 4; Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 3, Klausel 2; Vertrag 4 verwendet diesen Ausdruck nicht; S. 159 ff.

49 Anhang VII: Vertrag 3, Klausel 2, S. 161.

anwenden, die ohne sachliche Begründung vom dispositiven Recht abweichen und den Kunden belasten⁵⁰, dürfen die üblichen Freizeichnungsklauseln als vereinbart gelten⁵¹. Ungewöhnlich ist jedoch die von einem Hersteller vorgesehene völlige Wegbedingung jeglicher Haftung⁵², weil der Kunde mit solch einer Bestimmung in einem Wartungsvertrag nicht zu rechnen hat, wie ein Blick auf andere Herstellerverträge⁵³ zeigt.

Bei der Auslegung sind allgemein gefasste Haftungsbeschränkungen eng zu interpretieren, eventuelle Unklarheiten gehen zu Lasten des Verfassers⁵⁴. Wie vorne⁵⁵ ausgeführt, ist die Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Schaden oft nicht klar geregelt; aus dieser Situation kann der Partner, welcher an der Redaktion des Vertrags nicht beteiligt war, mittels Auslegung der betreffenden Klausel Nutzen ziehen.

Die Freizeichnungsklauseln dürfen auch nicht die für alle Vereinbarungen geltenden Schranken der Vertragsfreiheit verletzen. Diese sind: das zwingende Recht, die guten Sitten, das Recht der Persönlichkeit, die öffentliche Ordnung, die Unmöglichkeit, das Übervorteilungsverbot und die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben.

Es bleibt aber zu beachten, dass die herrschende Praxis Standardverträge bezüglich dieser Schranken nicht anders beurteilt als Individualverträge⁵⁶. So kann etwa die Berufung auf eine Freizeichnungsklausel rechtsmissbräuchlich sein bei vorheriger Zusicherung eines schadendeckenden oder -vermeidenden Verhaltens⁵⁷. Meines Erachtens würden die Gerichte die in Computerwartungsverträgen üblichen Haftungsbeschränkungen – ausser bei besonderen Umständen des Einzelfalls – als gültig ansehen.

2. Die Beschränkung der Freizeichnung durch OR 100 und 101

OR 100 I bestimmt, dass die Haftung für vorsätzliche und grob fahrlässige Schädigung nicht zum voraus wegbedungen werden darf. Diese Haftungsbeschränkung gilt gemäss ZGB 55 auch für die Organe juristischer Personen und ist damit auch von den Computerwartungsfirmen, die regelmässig juristische Personen sind, zu beachten. Nach der in der Schweiz herrschenden funktionellen Betrachtungsweise ist jede Person als Organ zu bezeichnen, die tatsächlich massgebend an der Bildung des Willens der juristischen Person teilnimmt und – unabhängig von ihrer formellen

50 Ausführlich vorne S. 61 ff.

51 Vgl. vorne S. 48 ff.

52 Anhang VII: Vertrag 5, S. 161.

53 Anhang VII: Verträge 1–4, S. 159 ff. Es ist aber zu beachten, dass umgekehrt auch eine branchenübliche Klausel ungewöhnlich sein kann; vgl. Schönenberger/Jäggi, N 499 zu OR 1.

54 Ausführlich vorne S. 51 ff.

55 S. 105 f.

56 Ausführlich vorne S. 53 ff.

57 Lörtscher, S. 249; Oesch, S. 131 ff.

Position – tatsächlich Entscheidungen für die juristische Person trifft⁵⁸. Soweit ein Schaden durch Fehlverhalten einer Person, der innerhalb der Wartungsfirma eine Organstellung zukommt, verursacht worden ist, sind deshalb die Haftungsbeschränkungen nur für leichte Fahrlässigkeit gültig (OR 100 I)⁵⁹. Diese Fälle dürften recht selten sein; denkbar ist etwa die Haftung für einen Schaden infolge mangelhafter Ausbildung der Wartungstechniker.

Häufiger wird ein Schaden durch alleiniges Verschulden der Wartungstechniker verursacht. Diesen kommt regelmässig keine Organstellung zu, sondern sie sind nur als Hilfspersonen zu betrachten. Die Haftung für Hilfspersonen darf aber gemäss OR 101 II beschränkt oder aufgehoben werden; die einzige Schranke einer solchen Freizeichnung besteht in OR 101 III: Wenn der Schaden in Ausübung eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes verursacht worden oder die sich freizeichnende Partei Arbeitgeber des Geschädigten ist, dann kann die Haftung nur für leichtes Verschulden aufgehoben werden. Diese Ausnahmefälle sind bei der Computerwartung nicht von Bedeutung. Auch haben sich die Gerichte bisher – entgegen anderslautenden Tendenzen in der Doktrin⁶⁰ – auf den Wortlaut des Gesetzes beschränkt und eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von OR 101 III auf die Haftungsbeschränkungen von Unternehmen, die ein faktisches Monopol innehaben oder Verträge nur zu den von einem Kartell festgelegten allgemeinen Geschäftsbedingungen abschliessen, vermieden⁶¹. Die vertragliche Wegbedingung der Haftung für Hilfspersonen schränkt dagegen nicht deren eigene ausservertragliche Haftung gegenüber dem Geschädigten ein⁶².

3. Zusammenfassung

Da bei der Erfüllung des Computerwartungsvertrags Handlungen, die den Kunden schädigen, regelmässig nur von Hilfspersonen ausgeführt werden, sind die umfangreichen Freizeichnungsklauseln zugunsten der Wartungsfirmen – von den erwähnten Einzelfällen abgesehen⁶³ – gültig. Auch für Personenschäden darf die Haftung in gleichem Masse beschränkt werden wie für Sachschäden und andere Schäden⁶⁴. Der Kunde muss sich – von Einzelfällen abgesehen – die Wegbedingung der Haf-

58 Forstmoser/Meier-Hayoz, § 15, N 13 (S. 136); BGE 102 II 38 Erw. 4, SJZ 73 (1977) S. 79; ZR 75 (1976) Nr. 99.

59 Vgl. BGE 102 II 264; Neuenschwander, S. 98 f.; auch Oesch, S. 55 ff.

60 Hinten S. 109 ff.

61 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 1420; von Tuhr/Escher, S. 130; kritisch Guhl/Merz/Kummer, S. 225 und Schraner, S. 73 f.

62 Becker, N 24 zu OR 101; zustimmend von Tuhr/Escher, S. 130.

63 Vgl. vorne S. 106 ff.

64 Neuenschwander, S. 102; Oftinger, Haftpflicht, S. 465; in bezug auf OR 58 a.M. die bei Oftinger, a.a.O. Anm. 8 zitierten Autoren und Urteile; ebenso ablehnend mit ausführlicher Begründung Oesch, S. 120 ff.

tung für Verlust oder Zerstörung von Daten, für Datenmissbrauch und generell für Verletzung der Geheimhaltungspflichten ebenfalls gefallen lassen⁶⁵. Ebenso wenig kann sich der Kunde gegen den Ausschluss der Haftung für Folgeschäden und Ansprüche Dritter – hier könnten grosse Schäden auftreten – wehren, weil gerade dieser Ausschluss immer klar und eindeutig formuliert ist⁶⁶. Wenn schon die Haftung im Prinzip gänzlich wegbedungen werden darf, so ist auch – a maiore minus – eine summenmässige Begrenzung zulässig und ebenso eine Beschränkung auf den Ersatz des direkten Schadens⁶⁷. Einzig wenn die Schädigung ausnahmsweise von einem Mitarbeiter der Wartungsfirma ausgeht, dem innerhalb der juristischen Person eine Organstellung zukommt, greift die zwingende Regel von OR 100 I ein.

B. Tendenzen der Lehre, die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln einzuschränken

Angeichts des Bestrebens vieler Unternehmen, ihre Haftung mehr oder weniger weitgehend zu begrenzen, haben verschiedene Autoren in der Auslegung des Gesetzes neue Wege beschritten, um die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln zu beschränken. Bereits erwähnt wurden die Versuche, das Überhandnehmen unbilliger Klauseln in Standardverträgen ganz allgemein einzudämmen, wobei mir *de lege lata* nur die Ausweitung der Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel auf alle Abmachungen, die unbegründet vom dispositiven Recht abweichen, zulässig erscheint⁶⁸. An dieser Stelle sind deshalb nur noch die speziell auf Haftungsbeschränkungen abzielenden Bemühungen darzulegen.

1. Ausdehnung des Anwendungsbereichs von OR 100 II und 101 III

Becker⁶⁹ sieht in Freizeichnungsklauseln, die unter Ausnutzung einer Monopolstellung vereinbart werden, einen Verstoss gegen die *guten Sitten*. Da er in OR 100 – wohl vor allem in Abs. 2 und damit auch in OR 101 III – einen Anwendungsfall des Verbots unsittlicher Vertragsabreden sieht, drängt sich für ihn eine Anwendung dieser Bestimmung auf Verträge mit *Monopolunternehmen* auf. Zur Unterstützung dieser Ansicht lässt sich anführen, dass zur Entstehungszeit des OR Standardver-

65 Vgl. Anhang VII: Vertrag 2, Klausel 2; Verträge 3 und 4 (in allen verdeckt) im Gegensatz zu Vertrag 1, Klausel 6; S. 160 ff.

66 Vgl. alle im Anhang VII abgedruckten Haftungsklauseln, S. 159 ff.

67 Vgl. die im Anhang VII abgedruckten Vertragsklauseln; im Einzelfall können aber die Unklarheiten- und die Ungewöhnlichkeitsregel eingreifen; vgl. vorne S. 106 f.

68 Ausführlich vorne S. 57 ff.

69 Becker, N 10 zu OR 101; zustimmend Stockar, S. 46 ff.; auch Oesch, S. 67, der aber eine Ausdehnung ablehnt.

träge mit Freizeichnungsklauseln nur von konzessionierten Unternehmen verwendet wurden und der Gesetzgeber deshalb die Haftungsbeschränkungen nur für diese Monopole erlassen hat⁷⁰. Einen Schritt weiter geht Stockar⁷¹, der in OR 100 II und 101 III einen Anwendungsfall des innerstaatlichen *ordre public* sieht⁷² – das im Interesse der Allgemeinheit aufgestellte Prinzip der Haftung soll geschützt werden. Deshalb drängt sich für ihn eine analoge Anwendung dieser beiden Normen auf alle Freizeichnungsklauseln in Standardverträgen auf, gleichgültig ob die begünstigte Partei ein faktisches Monopol hat oder nicht.

Eine analoge Anwendung von OR 100 II und 101 III ist nur möglich, wenn eine *Gesetzeslücke* besteht und der nicht geregelte *Sachverhalt wesensgleich* ist⁷³. Bei den Gesetzeslücken wird unterschieden zwischen echten und unechten Lücken, je nachdem, ob dem Gesetz keine Antwort zu entnehmen oder ob die Antwort nicht befriedigend ist⁷⁴. Das OR verbietet Freizeichnungsklauseln nur bei den in Art. 100 II und 101 III genannten Abhängigkeitsverhältnissen. Für Haftungsbeschränkungen in Standardverträgen nicht konzessionierter Monopolunternehmen oder kartellmässig organisierter Wirtschaftszweige fehlt eine entsprechende Norm, die eine Abweichung von der Vertragsfreiheit beinhalten würde. Da das Gesetz eine Antwort auf die Frage enthält, ist nun zu untersuchen, ob eine unechte Lücke vorliegt. Die Anerkennung unechter Lücken findet ihre Begründung im Rechtsmissbrauchsverbot⁷⁵. Eine unechte Lücke könnte deshalb nur vorliegen, wenn sich die Verhältnisse seit Erlass des OR so geändert hätten, dass eine Anwendung von OR 100 I und 101 II einen Normmissbrauch darstellte. Es müsste sich um einen krassen Fall von Unvollkommenheit des Gesetzes handeln, nicht nur um eine unbefriedigende Regelung⁷⁶.

Stockar⁷⁷ führt zu Recht aus, dass konzessionierte Gewerbetreibende ein *besonderes Vertrauen* geniessen, das sich aus der Tatsache der Bewilligungserteilung herleitet. Bewilligungszwang herrscht in Bereichen, in denen die öffentliche Sicherheit bedroht ist; die Bewilligung soll garantieren, dass der betreffende Gewerbetreibende nicht bloss behauptet, ein Fachmann zu sein, sondern es auch ist. Wegen dieses besonderen Vertrauens, das der Staat indirekt fördert, ist nun auch die schadenspräventive Funktion der Haftung besonders wichtig, und eine völlige Freizeichnung müsste als äusserst stossend empfunden werden⁷⁸. Ein besonderes Sicherheitsbedürfnis anerkennt der Gesetzgeber z.B. bei Transportanstalten, Ärzten, Anwälten usw. und hat deshalb für diese Wirtschaftsbereiche eine Konzessions- oder Bewilligungspflicht eingeführt.

70 Stockar, S. 19 ff.

71 Stockar, S. 50 ff.; ablehnend Schuler, S. 148 f.

72 Ausführlich hinten S. 113.

73 Lörtscher, S. 190; vgl. auch Meier-Hayoz, N 346 ff. zu ZGB 1.

74 Meier-Hayoz, N 271 zu ZGB 1.

75 Meier-Hayoz, N 295 zu ZGB 1; Merz, N 25 zu ZGB 2.

76 Meier-Hayoz, N 296 und 302 zu ZGB 1.

77 Stockar, S. 38 ff.; vgl. auch Lörtscher, S. 162.

78 Becker, N 8 zu OR 100; Stockar, S. 38 ff.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das Motiv von OR 100 II und 101 III bezüglich der Gewerbetreibenden und Unternehmer nicht nur in der möglichen rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung einer Monopolstellung liegt, sondern mindestens ebenso stark in der *Gefahr eines leichtfertigen Tätigwerdens* in einem Bereich, in dem das Publikum auf die Sorgfalt des Vertragspartners besonders vertrauen muss⁷⁹.

Die Einbeziehung des Dienstpflichtigen in die gleiche Sonderregelung erklärt sich aus der damaligen totalen Abhängigkeit der Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber. Es sollte damit verhindert werden, dass der Arbeitgeber seine Haftung missbräuchlich wegbedingen kann für die Schaffung von Arbeitsbedingungen, welche Leib und Leben seiner Angestellten gefährden, z.B. ungesunde Arbeitsräume, gefährliche Maschinen und Werkzeuge usw.⁸⁰. Dabei zeigt sich wieder das eigentliche Motiv von OR 100 II und 101 III: Es soll keine Freizeichnung zulässig sein, wo der potentiell Geschädigte angesichts der Umstände gezwungen ist, seinem Vertragspartner seine *Sicherheit anzuvertrauen*.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beweggrund, der den Gesetzgeber zu dem in OR 100 II und 101 III festgelegten Verbot von Freizeichnungsklauseln veranlasst hat, in der *Sorge um das Wohlergehen* bestimmter Teilnehmer des Wirtschaftslebens besteht. Der Gesetzgeber wollte den Schutz, den die schadenspräventive Funktion der Haftung bietet, durch diese beiden Normen für einige Sonderfälle erhalten. Gedacht war dabei an Tätigkeiten und Verhältnisse, bei denen die Sicherheit von Leib, Leben, Gesundheit oder Vermögen als besonders gefährdet erscheint, dem Vertragspartner deshalb grosses Vertrauen entgegengebracht werden muss und dennoch aus faktischen Gründen dieser Partner nicht frei gewählt werden kann.

Wenn nun ein ähnlicher Sachverhalt vorläge, auf den OR 100 II und 101 III gemäss ihrem exakten Wortlaut nicht zur Anwendung kämen, würde die Freizeichnung einen Normmissbrauch darstellen. Das Vorliegen einer unechten Lücke müsste bejaht werden, denn es handelte sich um einen krassen Fall von Unvollkommenheit des Gesetzes.

Offensichtlich liegt aber bei einer Freizeichnungsklausel, die in einem Standardvertrag enthalten ist, im allgemeinen *kein wesensgleicher Sachverhalt* vor⁸¹. OR 100 II und 101 III sind nicht analog auf Computerwartungsverträge anwendbar, weil die tatsächliche Situation verschieden von den Verhältnissen ist, die der Gesetzgeber durch Erlass dieser Normen regeln wollte. Denn der Wartungsfirma wird kein so intensives Vertrauen entgegengebracht⁸², vielmehr fehlt dem für den Computerwartungsvertrag typischen Vertrauensverhältnis – wie bereits festgestellt⁸³ – die höchstpersönliche Komponente.

79 Vgl. auch Lörtscher, S. 165.

80 Vgl. Becker, N 7 zu OR 100; auch Lörtscher, S. 161.

81 a.M. Fuchs, S. 251.

82 a.M. Fuchs, S. 251 f.

83 Vorne S. 29.

2. Freizeichnung als Verstoß gegen die guten Sitten

Freizeichnungsklauseln dürfen wie jede vertragliche Abmachung nicht die guten Sitten verletzen⁸⁴.

a) *Missbrauch einer Machtstellung*

Die guten Sitten können verletzt sein, wenn eine Haftungsklausel durch Missbrauch einer Machtstellung zustande kommt⁸⁵. Im Gegensatz zu seiner bisherigen Praxis, nach der sich die Unsittlichkeit eines Vertrags regelmässig aus dessen Inhalt ergeben musste (mit Ausnahme unsittlicher Motive und Zwecke)⁸⁶, scheint nun auch das Bundesgericht die Möglichkeit anzuerkennen, dass sich die Unsittlichkeit einer Freizeichnungsklausel aus der besonderen Art und Weise ihres Zustandekommens ergeben könnte⁸⁷.

Die Machtstellung kann in einem Monopol bestehen, weil dann kein Wettbewerb herrscht, oder in einer faktischen Überlegenheit, nämlich dann, wenn alle Unternehmer nur zu Geschäftsbedingungen kontrahieren, die gleiche oder ähnliche Freizeichnungsklauseln enthalten. Die Parität der Parteien, welche Voraussetzung der Vertragsfreiheit ist, fehlt in beiden Fällen. Diese Machtstellung kann nun missbraucht werden, indem der stärkere Kontrahent die Schwäche seines Vertragspartners ausnützt, um seine Haftung zu beschränken ohne sachliche Rechtfertigung durch objektiv zwingende Gründe. Beispiele sind: völliger Haftungsausschluss, wenn sachlich eine Begrenzung genügen würde⁸⁸; Haftungsbeschränkung ohne sachliche Rechtfertigung oder ohne entsprechende Verminderung der Gegenleistung (erspart Haftpflichtversicherung)⁸⁹.

b) *Krasse Benachteiligung der einen Partei*

Weiter kann eine Klausel gegen die guten Sitten verstossen wegen einer ganz übermässigen Benachteiligung der einen Partei zum Vorteil der andern⁹⁰, ohne dass ein ungleiches Kräfteverhältnis missbraucht werden muss. Der Akzent liegt nicht auf den Umständen des Vertragsabschlusses, sondern auf dem Vertragsinhalt. Der Unterschied zum Übervorteilungstatbestand liegt darin, dass entweder das Missverhältnis allerkrassester Art ist (BGE 93 II 189), oder zu einem Missverhältnis

84 Oftinger, Haftpflicht, S. 468.

85 Ausführlich Lörtscher, S. 206 f.; Oesch, S. 104 ff.; Schraner, S. 53 ff.; vgl. Becker, N 10 zu OR 100.

86 Merz, Kontrolle, S. 96.

87 BGE 94 II 207.

88 Beispiel: Anhang VII: Haftungsklausel in Vertrag 5, S. 161.

89 Ausführlich Lörtscher, S. 205 ff.

90 Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 81; zustimmend Lörtscher, S. 209 ff. und Oesch, S. 108 f.

treten zusätzliche Momente wie eine Machtstellung, die Ausnutzung einer besonderen Konstellation oder eine verwerfliche Gesinnung oder Handlungsweise des Übervorteilenden usw.⁹¹. Doch “erst aus der Stellung und Bedeutung einer Haftungsbeschränkung im Zusammenhang der vertraglichen Gestaltung der Rechte und Pflichten der Parteien auf beiden Seiten und auf Grund der Berücksichtigung der besonderen Umstände jedes Einzelfalls lässt sich beurteilen, ob eine Haftungsbeschränkung der einen Partei solch übermässige Vorteile auf Kosten der andern einbringt, dass diese Haftungsbeschränkung in unerträglicher Weise gegen das sittliche Empfinden anständig und billig denkender Menschen verstösst”⁹². Ein solcher Fall läge vor bei ganz aussergewöhnlich einschneidenden Haftungsbeschränkungen – wie etwa dem Haftungsausschluss für Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung – und gleichzeitiger Verschlechterung der Stellung des Partners durch Verschärfung seiner Haftung für Vertragsverletzungen, durch Wegbedingung seiner Verrechnungseinrede, seiner Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der Möglichkeit zur Geltendmachung eines Irrtums oder auch bei einer gleichzeitig sehr hoch angesetzten Gegenleistung. Umgekehrt kann ein Haftungsausschluss gerechtfertigt sein bei einer zwar sozial erwünschten Leistung, die aber so abnorm hohe Folgeschäden nach sich ziehen kann, dass das Haftungsrisiko – weil diese Leistung ja mehrfach erbracht wird – untragbar würde⁹³. Die mir bekannten Computerwartungsverträge enthalten keine in diesem Ausmass krasse Benachteiligung einer Partei⁹⁴.

c) *Verletzung des Persönlichkeitsrechts*

Ein Verstoss gegen die guten Sitten durch Freizeichnung kann auch in der Verletzung der Persönlichkeit liegen⁹⁵, indem sich der Gegenkontrahent im voraus, ohne das Risiko überblicken zu können, in seiner Entschlussfreiheit bindet, einen für ihn wirtschaftlich ruinösen Schaden auf seinen Partner abwälzen zu können, wie es das Gesetz vorsieht⁹⁶. Wie soeben dargestellt, kann das Haftungsrisiko aber auch für die sich freizeichnende Partei untragbar und die Erbringung ihrer potentiell gefährlichen Leistung dennoch erwünscht sein. In solchen Ausnahmesituationen ist eine Interessenabwägung notwendig. Die Gefahr einer zeitlich unbegrenzten Bindung dagegen kann bei Computerwartungsverträgen nie eintreten, weil sie immer relativ kurzfristig gekündigt werden können⁹⁷.

91 Oftinger, *laesio*, S. 549 f.

92 Lörtscher, S. 212.

93 Ausführlich Lörtscher, S. 213 ff.; auch Oesch, S. 43 f.

94 gl.M. für die Standardverträge der führenden Firmen in der Datenverarbeitung im allgemeinen: Forstmoser, EDV 3.1.4.

95 Guhl/Merz/Kummer, S. 225; Lörtscher, S. 218; Oesch, S. 113 ff.; a.M. Schraner, S. 52.

96 Lörtscher, S. 218 f.

97 Hinten S. 123 f.

3. Freizeichnung als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung

Vereinzelt wird auch die in OR 19 II genannte öffentliche Ordnung als Schranke der Vertragsfreiheit bezeichnet⁹⁸. Sobald ein Vertragsinhalt gegen grundlegende Prinzipien oder Institute der Rechtsordnung verstosse, greife der in OR 19 II festgelegte innerstaatliche *ordre public* ein. Lörtscher⁹⁹ weist jedoch nach, dass diese Meinung auf einer falschen Auslegung beruht: OR 19 enthält die positivrechtliche Verankerung der Vertragsfreiheit. Abs. 2 soll keine selbständigen Schranken der Vertragsfreiheit aufstellen, sondern nur als Kriterium dienen, ob eine nicht eindeutig als zwingend bezeichnete Norm dispositiven Charakter hat. Der zwingende Charakter ist demzufolge zu bejahen, wenn eine Abweichung von einer Norm einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit darstellt. Somit dient die in OR 19 II genannte öffentliche Ordnung nur als Verweis auf zwingende Normen, die im öffentlichen Interesse zum Schutz der Allgemeinheit aufgestellt worden sind¹⁰⁰.

4. Freizeichnung als Verstoss gegen das Prinzip der Haftung

Nach Schraner¹⁰¹ sind Freizeichnungsklauseln, die offensichtlich gegen die Grundgedanken des Haftpflichtrechts verstossen, unsittlich. Eine unbillige und ungerechte Abweichung von der gesetzlichen Haftungsregelung vertrage sich nicht mit den Wertungen des Gesetzgebers, die im Schädigungsverbot und im Grundsatz der Verantwortlichkeit einer Person für ihre Tätigkeit und ihr Verhalten zum Ausdruck kommen¹⁰². Bei jeder Abweichung vom dispositiven Recht sei im Einzelfall wertend abzuwägen, ob eine Vertragsabrede noch gerecht sei¹⁰³; schon die Überwälzung einer Haftung für einen leicht fahrlässig verschuldeten Schaden verstosse gegen Grundgedanken(!) des Haftpflichtrechts¹⁰⁴. Meines Erachtens geht diese Lehrmeinung bedeutend zu weit: Zwar schützt das Gesetz die schwächere Vertragspartei in bestimmten Sonderregelungen gegen die Rücksichtslosigkeit der stärkeren Partei und gewiss könnte durch schrankenlose Freizeichnung die Gefahr einer Schwächung des Verantwortungsbewusstseins entstehen, doch kann eine so einschneidende Einschränkung der Vertragsfreiheit wie der Zwang, jegliche Abwei-

98 Brogini, zitiert bei Lörtscher, S. 196 Anm. 295; ebenso Stockar, S. 62; zustimmend Oesch, S. 91 ff.; vgl. auch Engel, zitiert bei von Tuhr/Peter, S. 250, N 17a.

99 Ausführlich S. 196 ff.

100 Ebenso Schlupe, S. 779; von Tuhr/Peter, S. 250; vgl. auch Sem. 99 (1977) S. 200 f., Pr. 62 (1973) S. 134.

101 Schraner, vor allem S. 50 ff.

102 Vgl. Schraner, S. 40.

103 Schraner, S. 42 ff., Beispiele S. 46 ff.; vgl. dazu auch Oesch, S. 98 ff.

104 Schraner, S. 66 ff.

chung von den dispositiven Haftungsregeln des Gesetzes sachlich zu begründen¹⁰⁵, nicht mit einem schlichten Hinweis auf das Verbot unsittlicher Verträge gerechtfertigt werden, sondern müsste vom Gesetzgeber angeordnet werden. Ebenso unhaltbar ist m.E. auch die von Schraner¹⁰⁶ vertretene Auslegung von OR 100 II und 101 III, wonach diese Normen nur Sonderfälle unzulässiger Haftungsausschlüsse aufzählten, jedoch keine abschliessende Regelung enthielten. Denn der Gesetzgeber hat sich für den Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgesprochen; Schranken sind eine Ausnahme und bedürfen einer ausdrücklichen Statuierung¹⁰⁷.

5. Freizeichnung als Verstoß gegen das für die Arbeitsobligatio gesetzlich zwingend vorgeschriebene Sorgfaltsmass

Da bei reinen Arbeitsleistungen nur ein Tätigwerden, nicht aber ein Erfolg geschuldet ist, besteht die Vertragserfüllung in einem sorgfältigen Handeln und nicht im Geben einer Sache. Gleich wie die Erfüllung einer Sachleistungspflicht – der Entscheid über Geben oder Nichtgeben einer Sache – nicht ins Belieben des Schuldners gestellt werden darf, kann auch bei Arbeitsleistungen die Erfüllung nicht vom Gutdünken des Verpflichteten abhängen¹⁰⁸. Wenn Sorgfalt in der Vermeidung von Fehlern, die für einen bestimmten Arbeitsschuldner vermeidbar sind, besteht, so erlaubt eine Modifikation des gesetzlichen Sorgfaltsmasses dem Schuldner, Nachlässigkeiten zu begehen, die er sonst unterlassen würde. Nicht nur die öffentliche Ordnung und die Sittlichkeit, sondern auch das Wesen der Obligation stehen einer Verminderung des Sorgfaltsmasses entgegen, denn die Arbeitsobligatio würde insoweit zur Naturalobligatio¹⁰⁹. Aus diesen Gründen folgert Gautschi¹¹⁰, dass das Sorgfaltsmass für die Erfüllung von Arbeitsleistungspflichten zwingender Natur und deshalb keine Freizeichnung möglich ist.

Dem lässt sich folgendes entgegenhalten: Auch eine Sachleistungspflicht ist nur gehörig erfüllt, wenn sie ohne eine dem Schuldner vorwerfbare Schädigung erbracht wird. Trotzdem erlaubt das Gesetz eine Wegbedingung der Haftung für verschuldeten Schaden, sofern noch von Erfüllung gesprochen werden kann und nicht geradezu ein aliud geleistet worden ist. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb eine Beschränkung der Haftung für Schaden aus Sorgfalts- oder Treuepflichtverletzung

105 Demgegenüber bewirkt die hier vertretene Ausweitung der Ungewöhnlichkeitsregel auf alle Standardvertragsklauseln, die unbegründet zu Lasten des Gegenkontrahenten vom dispositiven Recht abweichen, nur eine genauere Prüfung der Geltungsvereinbarung, nicht aber eine Einschränkung der Vertragsfreiheit.

106 Schraner, S. 76 ff.

107 Vgl. dazu die Ausführungen vorne S. 45 f.

108 Gautschi, FG Oftinger, S. 45.

109 Gautschi, FG Oftinger, S. 37; differenzierter: Oesch, S. 136 ff.

110 Gautschi, FG Oftinger, S. 39; ebenso N 1a und 23c zu OR 364, N 72d zu OR 395, N 25b zu OR 398; ebenfalls zwingend ist nach Gautschi die Deliktshaftung, vgl. vorne Anm. 17.

mittels Modifikation des Sorgfaltsmasses verboten sein soll, soweit der Schuldner nicht gerade zur Nichterfüllung ermächtigt wird. Es besteht m.E. kein Unterschied zwischen der Wegbedingung der Haftung für einen leicht fahrlässig verursachten Schaden bei der Erfüllung einer Sachleistungsobligation und der Freizeichnung für Schäden aus einem dem konkreten Beauftragten zwar vorwerfbaren, doch nicht krass unsorgfältigen Handeln. In beiden Fällen übernimmt der Gläubiger das Risiko, einen möglichen Schaden in gewissem Umfang selbst tragen zu müssen; es gibt keinen Grund, den Gläubiger einer Arbeitsleistungsobligation zu privilegieren¹¹¹.

IV. Verjährung der Schadenersatzansprüche

Vereinzelt wird in Computerwartungsverträgen vereinbart, dass Schadenersatzansprüche innerhalb von zwei Jahren nach Entstehung oder Feststellung des Schadens geltend gemacht werden müssen¹¹². Für die übrigen Verträge muss der Richter eine Lösung finden, die er im allgemeinen Teil des Obligationenrechts, im Gewohnheitsrecht oder in eigener richterlicher Rechtsschöpfung finden muss¹¹³. Bei der Verjährung stehen die Normen in Art. 127 ff. und die Regeln des Werkvertragsrechts zur Verfügung, das Auftragsrecht enthält diesbezüglich keine Sonderbestimmungen¹¹⁴. Ein allfälliger Deliktsanspruch verjährt gemäss OR 60 I nach einem Jahr seit Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen, spätestens aber zehn Jahre nach der schädigenden Handlung. Sofern der Deliktsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist anordnet, gilt diese Frist auch für die Schadenersatzforderung (OR 60 II).

Wenn der Richter Normen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts anwendet, muss er sich fragen, ob diese *lex generalis* von einer durch die Natur des betreffenden Vertrags sich aufdrängenden *lex specialis* derogiert wird¹¹⁵. Vor allem ist dabei aber zu beachten, dass nach OR 127 alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nichts anderes bestimmt¹¹⁶, in zehn Jahren verjähren, und diese Frist durch Parteiabrede nicht abgeändert werden kann (OR 129 und 141 I). Somit kommt eine Verkürzung der Verjährungsfrist höchstens für die werkvertraglichen Elemente des Wartungsvertrags in Frage.

Der *Sinn der Verjährung* wird sowohl im öffentlichen Interesse der Rechtssicherheit und der Entlastung der Gerichte als auch im Schutz des einzelnen vor unbilliger Belästigung durch Ansprüche aus lang zurückliegender Zeit gesehen.

111 Vgl. auch Neuenschwander, S. 103.

112 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 5; Vertrag 2, Klausel 3; S. 159 f.

113 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 7 f.

114 Vgl. Schwander, S. 118 f.

115 Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 8; Schlupe, S. 796 ff.

116 Einige Beispiele bei von Tuhr/Escher, S. 216; auch Schwander, S. 7 ff. und 99 ff.

Eine Rolle spielt dabei auch die Vermutung, dass eine Forderung aus einem weit zurückliegenden Tatbestand nie bestanden hat oder bereits erloschen ist¹¹⁷. Weniger einleuchtend ist das in OR 129 und 141 I enthaltene Verbot, Verjährungsfristen zu verkürzen. Der Grund dürfte in der Gefahr liegen, dass der Gläubiger durch die Vereinbarung einer zu kurzen Frist in seiner Rechtsverfolgung unbillig beschränkt wird¹¹⁸.

Das Kauf- und das Werkvertragsrecht sehen dagegen wesentlich *kürzere Verjährungsfristen* vor (OR 210 und 371). Die Begründung liegt beim Kaufvertrag in der kausalen Haftung des Käufers für den unmittelbaren Schaden, den das Kaufobjekt angerichtet hat¹¹⁹, beim Werkvertrag wohl im Versprechen, durch das Tätigwerden einen Erfolg herbeizuführen¹²⁰. Hier rechtfertigen sich die *strengeren formellen Voraussetzungen* (sofortige Mängelrüge und Klage innerhalb eines Jahres). Zwar bejahen herrschende Lehre und Praxis¹²¹ eine konkurrierende Anwendung der Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts und der nicht gehörigen Erfüllung, doch sollen die kurzen Verjährungsfristen für beide Rechtsbehelfe gelten¹²². Das führt zum widersinnigen Resultat, dass dem Sachleistungsgläubiger ein Vorgehen nach OR 97 ff. dann offensteht, wenn er es kaum benutzen wird, weil das Gewährleistungsrecht vorteilhafter ist – auch beim Werkvertrag gibt es wenigstens für Mängel keine Exkulpation –, dieser Weg aber versperrt ist, wenn er die günstigeren Rechtsbehelfe der Gewährleistung verpasst hat und deshalb nach OR 97 ff. vorgehen möchte¹²³. Die *kurze Verjährungsfrist* in OR 210 und 371 I ist ein formelles *Korrelat* zu dem für den Kunden materiell *günstigeren Gewährleistungsrecht*. Ihre Anwendung ist deshalb auf diesen Sonderfall zu beschränken. Wenn der Kunde aber die Rechtsbehelfe von OR 97 ff. wählt, kommen nur die Verjährungsfristen von OR 127 ff. in Frage¹²⁴.

Wie bereits dargelegt¹²⁵, haben die speziellen Rechtsbehelfe des *Werkmängelrechts* für den Computerwartungsvertrag *wenig Bedeutung*. Die Wandelung ist nicht sinnvoll, weil der Kunde die Wartung nur durch die Herstellerfirma vornehmen lassen kann. Ebenso wenig kommt eine Minderung in Frage, weil die Anlage nur zuverlässig arbeitet, wenn sie korrekt repariert worden ist. Das Recht, Nachbesserung zu verlangen, bringt dem Kunden nichts Neues: Die Wartungsfirma ist vertraglich sowieso verpflichtet, bei nicht einwandfreiem Funktionieren der Maschinen Entstörungsarbeiten durchzuführen. Da das Werkvertragsrecht im Unterschied zum

117 Ausführlich Nabholz, S. 30 ff. und Spiro, S. 8 ff.; Schwander, S. 2 f.; von Tuhr/Escher, S. 211; auch BGE 90 II 437; Guhl/Merz/Kummer, S. 278.

118 Vgl. von Tuhr/Escher, S. 217; Spiro, S. 861 ff., vor allem § 347.

119 Giger, Vorbem. zu Art. 197–210 OR, N 20 f.; Schwander, S. 105 ff.

120 Vgl. auch Schwander, S. 115 ff.

121 Vgl. die bei Giger, Vorbem. zu Art. 197–210 OR, N 24 und 25 zitierten Autoren und Entscheide. Für das Werkvertragsrecht Gautschi, N 6c zu OR 368 und N 7d zu OR 371.

122 z.B. Sem. 76, S. 153.

123 Giger, Vorbem. zu Art. 197–210 OR, N 26.

124 Für das Kaufrecht vgl. Giger, N 27 ff. zu OR 210.

125 Vorne S. 102/103.

Kaufrecht keine Kausalhaftung für unmittelbaren Mangelfolgeschaden kennt, bietet die Sonderregelung der Haftung für Werkmängel dem Computerbenutzer *keine Vorteile*. Auch aus diesem Grund verbietet sich eine Anwendung der kurzen Verjährungsfrist von OR 371/210, da ja ein Korrelat für besondere Vorteile ist, auf Schadenersatzforderungen aus mangelhafter Erfüllung der auftragsähnlichen Instandhaltungsobligation.

Somit kommt für den Computerwartungsvertrag die Ordnung des *allgemeinen Teils* des OR zur Anwendung. Da keiner der in OR 125 erwähnten Sonderfälle vorliegt, gilt die zehnjährige Verjährungsfrist von OR 127. Die Vereinbarung, Schadenersatzforderungen seien innert zwei Jahren seit Entstehung bzw. Feststellung des Schadens geltend zu machen¹²⁶, ist trotz OR 129 zulässig. Die Forderung wird dabei an die *auflösende Bedingung* geknüpft, dass sie innert zwei Jahren aussergerichtlich geltend gemacht wird¹²⁷. Diese Bestimmung soll wohl der Wartungsfirma ermöglichen, ihrerseits Ansprüche gegen ihren Haftpflichtversicherer geltend zu machen; diese Leistungspflicht erlischt gemäss Art. 46 II des Versicherungsvertragsgesetzes zwei Jahre nach Schadenseintritt¹²⁸.

126 Anhang VII: Vertrag 1, Klausel 5; Vertrag 2, Klausel 3; S. 159 f.

127 Spiro, S. 861 ff., vor allem § 349; Schwander, S. 3 Anm. 18; von Tuhr/Escher, S. 217 und 270; Gauch/Schlupe/Jäggi, N 1795; auch BJM 1958, S. 280; wohl auch Bucher, OR, S. 390 Anm. 19.

128 Vgl. dazu Nabholz, S. 147.

8. Kapitel

Partei-, Gläubiger- und Schuldnerwechsel

I. Die gesetzliche Regelung des Partei-, Gläubiger- und Schuldnerwechsels

Das OR bestimmt, dass Forderungen ohne Zustimmung des Schuldners an einen Dritten abgetreten werden können, sofern nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (OR 164 I). Somit können Forderungen aus dem Computerwartungsvertrag im Prinzip an Dritte abgetreten werden.

Eine Schuldübernahme durch einen Dritten unter Befreiung des bisherigen Schuldners erfordert dagegen einen Vertrag des neuen Schuldners mit dem bisherigen Gläubiger (OR 176 I). Erfolgt die Schuldübernahme im Zusammenhang mit der Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts, so ist kein Vertrag mit dem bisherigen Gläubiger notwendig, sondern es genügt eine blossе Bekanntmachung, wobei aber der bisherige Schuldner noch während zweier Jahre solidarisch mithaftet für die Erfüllung der Forderungen (OR 181). Daneben gibt es auch die Möglichkeit des Schuldbeitritts: Durch den Vertrag des neu beitretenden Schuldners mit dem Gläubiger soll der bisherige Schuldner nicht befreit werden, sondern solidarisch weiter verpflichtet sein¹.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass nicht einzelne Forderungen oder Schulden übergehen sollen, sondern eine Vertragspartei als solche ausgewechselt wird. Dazu ist – von einigen gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – die Zustimmung aller Beteiligten notwendig².

II. Abweichende vertragliche Vereinbarungen

In einem Teil der Computerwartungsverträge wird eine von der gesetzlichen Normierung abweichende Regelung des Partei-, Gläubiger- und Schuldnerwechsels vereinbart. So wird etwa abgemacht, dass Rechte und Pflichten nur mit schriftlicher Zustimmung der andern Partei übertragen werden können³ oder dass die Wartungsfirma ihre Rechte und Pflichten auf Dritte übertragen darf⁴, u.U. aber nur mit der vermuteten Zustimmung des Kunden⁵ oder unter fortdauernder Haftung für kor-

1 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 1975; von Tuhr/Escher, S. 383.

2 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 1810; von Tuhr/Escher, S. 342 f.; vgl. auch ZBJV 111 (1975) S. 200 ff.; BGE 84 II 355.

3 Anhang VIII: Vertrag 2, S. 162.

4 Anhang VIII: Vertrag 3, Klausel 1, S. 162.

5 Anhang VIII: Vertrag 5, S. 162.

rekte Erfüllung⁶. Im weiteren wird dem Kunden manchmal die Abtretung einzelner oder aller Rechte aus dem Wartungsvertrag an Dritte ohne schriftliche Zustimmung der Wartungsfirma untersagt⁷.

III. Zulässigkeit abweichender vertraglicher Vereinbarungen

A. Zession

Soweit die zitierten Vertragsklauseln die Zession von Forderungen aus dem Vertragsverhältnis ohne Zustimmung des Schuldners als zulässig erklären, wiederholen sie nur die gesetzliche Regelung (OR 164 I).

Ein Zessionsverbot, wie es die Parteien ebenfalls zum Teil vereinbaren⁸, wird vom Gesetz als zulässig angesehen (OR 164 I)⁹. Da diese Abmachung aber in einem Standardvertrag steht, ist insbesondere auch die Ungewöhnlichkeitsregel zu beachten. Wenn man in ihrer Anwendung der herrschenden Lehre und Praxis folgt¹⁰, muss das Zessionsverbot als vereinbart gelten. Auch wenn es sich nur in einem Teil der Computerwartungsverträge findet, so erscheint es doch nicht als eine ganz aussergewöhnliche, geschäftsfremde Vereinbarung, mit welcher der Kunde nicht zu rechnen hatte. Anders ist die Rechtslage, wenn man der hier vertretenen Tendenz der neueren Lehre folgend die Ungewöhnlichkeitsregel auf alle Standardvertragsklauseln anwendet, die ohne sachliche Begründung vom dispositiven Recht abweichen. Das hat zur Folge, dass die Zustimmung des Partners zu diesen Klauseln nicht zu vermuten ist¹¹. Dann ist das Zessionsverbot, soweit es einseitig nur für den Kunden und nicht für die Wartungsfirma gelten soll¹², nur gültig vereinbart, wenn ihm der Kunde in bewusster Erkenntnis seines Inhalts zugestimmt hat. Denn wie schon ein Blick auf andere von Wartungsfirmen aufgesetzte Verträge zeigt, erachten nicht alle Firmen dieses Zessionsverbot als notwendig. Meines Erachtens gibt es keinen aus der Eigenart der Computerwartung herleitbaren Grund, dem Kunden eine Abtretung seiner Forderungen zu untersagen.

Das Zessionsverbot gilt auch dann, wenn ein Forderungsübergang durch Gesetz oder Richterspruch (Legalzession, OR 166) zur Diskussion steht¹³.

6 Anhang VIII: Vertrag 2, S. 162.

7 Anhang VIII: Vertrag 2; Vertrag 4, Klausel 2; S. 162.

8 Anhang VIII: Vertrag 2; Vertrag 4, Klausel 2; S. 162.

9 Vgl. auch v. Büren, OR I, S. 323 ff.; von Tuhr/Escher, S. 346 f.

10 Vorne S. 48 ff.

11 Ausführlich vorne S. 61.

12 Anders Anhang VIII: Vertrag 2, S. 162.

13 von Tuhr/Escher, S. 373.

B. Schuldübernahme und Parteiwechsel

Soweit die Übertragung von Pflichten vom schriftlichen Einverständnis der Gegenpartei abhängig gemacht wird, wiederholt die Vereinbarung – abgesehen von dem der Beweissicherung dienenden Erfordernis der Schriftlichkeit – nur die gesetzliche Regelung (OR 176 I).

Die Abmachung, welche der Wartungsfirma erlaubt, einzelne Pflichten auf Dritte zu übertragen, sofern der Kunde nicht innert vier Wochen nach der Mitteilung Einspruch erhebt¹⁴, stellt eine unbedeutende Abweichung von OR 176 III dar, weil mangels Einspruchs die Zustimmung des Kunden zur Schuldübernahme vermutet wird. Recht weit geht hingegen die vom Kunden mit der gleichen Klausel erteilte Ermächtigung an die Wartungsfirma, eine Übertragung aller Rechte und Pflichten auf einen Dritten – mithin einen Wechsel der Vertragspartei – unter den gleichen Voraussetzungen vorzunehmen¹⁴. Meines Erachtens handelt es sich dabei aber nicht um eine unbillige Zurücksetzung des Kunden, weil er sich, sollte der Fall einmal eintreten, über die neue Wartungsfirma erkundigen und – da er seinen Einspruch nicht begründen muss – bei den geringsten Zweifeln an der Zuverlässigkeit seines neuen Vertragspartners die bisherige Wartungsfirma beibehalten kann.

Ebenso erscheint mir eine Klausel zulässig, mit welcher sich die Wartungsfirma im voraus ermächtigen lässt, ohne Zustimmung des Kunden im Einzelfall nicht nur einzelne Pflichten, sondern sogar ihre ganze Vertragsstellung auf einen Dritten zu übertragen, wenn sie gleichzeitig eine ordnungsgemässe Erfüllung der vertraglichen Pflichten durch die neue Vertragspartei garantiert¹⁵. Der Kunde ist im Prinzip nur an einer sorgfältigen Wartung interessiert; wer dann die vertraglichen Pflichten erfüllt, ist unter diesen Voraussetzungen egal¹⁶. Sollte aber eine unsorgfältige Wartung zu Schaden führen, haftet die bisherige Wartungsfirma solidarisch mit dem neuen Vertragspartner; somit wird das finanzielle Risiko des Kunden bei einem Schadensfall sogar kleiner.

Weiter kann die Wartungsfirma auch im voraus ermächtigt sein, sowohl einzelne Pflichten als auch ihre ganze Vertragsstellung ohne Konsultation des Kunden einem Dritten zu übertragen, ohne für dessen Zuverlässigkeit zu garantieren¹⁷. Zwar ist anerkannt, dass die Zustimmung zu einem Parteiwechsel im voraus erteilt werden kann¹⁸, doch ist zu beachten, dass die Klausel im vorliegenden Fall in einem Standardvertrag steht. Hier kann die Ungewöhnlichkeitsklausel eingreifen¹⁹. Bei der vorliegenden Klausel handelt es sich m.E. um eine geschäftsfremde Bestimmung; es wird nicht mehr ein übereinstimmend gewollter Geschäftskern ergänzt, sondern die Rechtsstellung des Kunden weit über das sachlich gerechtfertigte Mass hinaus

¹⁴ Anhang VIII: Vertrag 5, S. 162.

¹⁵ Anhang VIII: Vertrag 2, S. 162.

¹⁶ Vgl. auch Gautschi, N 9c zu OR 364.

¹⁷ Anhang VIII: Vertrag 4, Klausel 1 im Gegensatz zu Vertrag 2, S. 162.

¹⁸ von Tuhr/Escher, S. 343 bei Anm. 10; zustimmend Gauch/Schluep/Jäggi, N 1910.

¹⁹ Ausführlich vorne S. 48 ff.

verschlechtert. Es ist interessant, dass die gleiche Firma umgekehrt dem Kunden eine Abtretung seiner Rechte nur bei vorheriger schriftlicher Zustimmung gestattet. Da diese Vertragsbestimmung ungewöhnlich ist, kann sie nur als vereinbart gelten, wenn ihr der Kunde in richtiger Erkenntnis ihres Inhalts zugestimmt hat. Auch wenn die Geltungsvereinbarung bejaht werden kann, hat die Wartungsfirma bei der Übertragung ihrer Pflichten auf eine Drittfirma nicht völlige Ermessensfreiheit. Vielmehr hat sie eine fähige Wartungsfirma auszuwählen, denn die Ausübung vertraglich eingeräumten Ermessens zur Vertragsgestaltung ist – in Verallgemeinerung des in OR 71 II enthaltenen Prinzips²⁰ – im Zweifel an die Billigkeit gebunden²¹.

Im übrigen ist die Möglichkeit der Wartungsfirma, ihre Pflichten oder sogar die ganze Vertragsstellung auf eine andere Firma zu übertragen, aus praktischen Gründen nur von theoretischer Bedeutung. Wie bereits dargelegt, wird die Wartung in der Schweiz meist von den Geräteherstellern durchgeführt, unabhängige Wartungsfirmen fehlen²². Die Herstellerfirmen schliessen aber in ihren Wartungsverträgen meines Wissens immer die Wartung fremder Maschinen aus²³. Deshalb ist bis zum Aufkommen unabhängiger Wartungsfirmen eine Übertragung der Wartungsarbeiten auf Dritte praktisch unmöglich.

20 Vgl. Auer, S. 58 ff.; Merz, N 177 f. zu ZGB 2.

21 Meier-Hayoz, N 25 zu ZGB 4; auch Schönenberger/Jäggi, N 498 zu OR 1.

22 Vgl. vorne S. 67 f.

23 Vgl. vorne S. 92.

9. Kapitel

Beendigung des Vertrages

I. Vertragliche Regelung der Beendigung

Der Computerwartungsvertrag ist ein Dauervertrag, der auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird¹. In allen Verträgen ist deshalb die Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Kündigung vorgesehen. Die Kündigungsfristen werden zwar nicht einheitlich festgesetzt, die Regelungen der einzelnen Firmen weisen aber doch viele Ähnlichkeiten auf.

Meist kann der Computerwartungsvertrag unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf Ende jedes Monats² oder jedes Jahres³ gekündigt werden. Dabei wird oft eine Mindestvertragsdauer (üblicherweise ein Jahr) vereinbart⁴ oder dann kann wenigstens die Wartungsfirma nur unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist den Vertrag auflösen⁵.

Daneben kann die Wartung für eine einzelne Maschine u.U. mit einer kürzeren Frist aufgekündigt werden⁶.

Eine Sonderregelung kann auch bei Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen vorgesehen sein: Dem vertragsbrüchigen Partner wird eine Nachfrist zur Vertragserfüllung gesetzt; nach Ablauf der unbenutzten Frist ist der vertragstreue Partner zur fristlosen Vertragsauflösung ermächtigt⁷.

Daneben können für weitere Spezialfälle Sonderregelungen vorliegen, z.B. lässt sich eine Wartungsfirma zur fristlosen Vertragsbeendigung ermächtigen, wenn sie nach der Umplazierung einer Anlage am neuen Installationsort keine Techniker zur Verfügung hat⁸; eine andere Firma sieht das gleiche vor, sobald sie einer Umsetzung nicht zugestimmt hat⁹, oder eine Firma bedingt sich das Recht aus, auf die Wartung einer Maschine unter Einhaltung einer einmonatigen (statt dreimonatigen) Kündigungsfrist zu verzichten, wenn sie vermutet, dass störende Maschinenteile von anderen Herstellern eingebaut worden sind¹⁰.

1 Anhang IX: Vertrag 2, Klausel 1; Vertrag 3, Klausel 1; Vertrag 4; S. 163 ff.

2 Anhang IX: Verträge 4 und 5; Vertrag 6, Klausel 1; S. 165.

3 Anhang IX: Vertrag 3, Klausel 2, S. 164.

4 Anhang IX: Vertrag 6, Klausel 1; indirekt Vertrag 3, Klausel 2; wohl auch Verträge 4 und 5; für einen Spezialfall auch Vertrag 2, Klausel 2; S. 164 ff.

5 Anhang IX: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 2, Klausel 1; S. 163.

6 Anhang IX: Vertrag 2, Klausel 2, S. 164.

7 Anhang IX: Vertrag 3, Klausel 3; Vertrag 6, Klausel 4; ähnlich Vertrag 1, Klausel 4; S. 164 ff.

8 Anhang IX: Vertrag 3, Klausel 5, S. 165.

9 Anhang IX: Vertrag 6, Klausel 4, S. 166.

10 Anhang IX: Vertrag 2, Klausel 3, S. 164.

II. *Formgebundenheit der Kündigung*

In den Computerwartungsverträgen ist regelmässig vorgesehen, dass die Kündigung des Vertrags schriftlich zu erfolgen hat¹¹, vereinzelt muss sie sogar durch eingeschriebenen Brief erfolgen¹².

Das Gesetz schreibt für Verträge, deren Zustandekommen von Gesetzes wegen an die Schriftform gebunden ist, vor, dass sie nur unter Einhaltung dieser Form abgeändert werden können (OR 12). Für die Aufhebung des Vertrags gilt hingegen der Grundsatz, dass formbedürftige Rechtsgeschäfte formfrei aufgehoben werden können¹³ (vgl. OR 115).

Da OR 12 auf Verträge, für die sich der Formzwang erst aus der Parteiabrede ergibt, nicht anwendbar ist¹⁴, gilt für Vertragsabänderungen die Formabrede nur, wenn sich dies aus ihrer Auslegung oder durch eine ausdrückliche Vereinbarung ergibt. Auch für Verträge mit gewillkürter Schriftform gilt der Grundsatz der formfreien Aufhebung (OR 115). Mit der Statuierung der Formfreiheit für die gänzliche oder teilweise Vertragsaufhebung will die Rechtsordnung den Schuldner begünstigen, wenn er durch Schuldnerlass entlastet werden soll¹⁵.

Deshalb ist auch beim Computerwartungsvertrag die Schriftlichkeit der Kündigung nicht als Gültigkeitserfordernis gedacht, sondern soll nur den Beweis erleichtern. Das gleiche gilt auch für die Vereinbarung, die Kündigung habe durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen. Der betroffenen Partei steht deshalb bei Nichteinhaltung der Form immer noch der Beweis offen, dass die Kündigung trotzdem erfolgt ist¹⁶.

III. *Die Beendigungsgründe im einzelnen*

A. *Kündigung: Wunschbarkeit längerer Kündigungsfristen*

Wie bereits dargelegt¹⁷, liegt der Hauptzweck des Wartungsvertrags in der Regelung der Verantwortlichkeit für die Betriebsbereitschaft der Anlage. Nur eine sorgfältige Wartung ermöglicht ein in hohem Masse reibungsloses Funktionieren der Anlage. Wenn die Wartung überhaupt nicht mehr vorgenommen wird, wird die Anlage sehr

11 Anhang IX: Vertrag 1, Klausel 2; Vertrag 2, Klauseln 1–3; Verträge 4 und 5; S. 163 ff.

12 Anhang IX: Vertrag 3, Klausel 2; Vertrag 6, Klausel 3; für einen Spezialfall Vertrag 1, Klausel 3; S. 163 ff.

13 Schöenberger/Jäggi, N 9 zu OR 12; vgl. auch Guhl/Merz/Kummer, S. 120 f.; von Tuhr/Escher, S. 174 f.; von Tuhr/Peter, S. 242; BGE 99 II 54; ZBJV 111 (1975) S. 92.

14 Schöenberger/Jäggi, N 43 zu OR 16.

15 Guhl/Merz/Kummer, S. 120.

16 Vgl. auch Zahrnt, S. 299, N 5.

17 Vorne S. 7.

schnell unbenutzbar und damit wertlos. Ferner hängt auch der Wiederverkaufswert massgeblich von einer guten Wartung ab¹⁸.

Aus diesen Gründen hat der Kunde ein erhebliches Interesse an der Zusicherung der Wartung für eine längere Zeitperiode. Die vereinbarte Mindestdauer von einem Jahr und die anschliessend relativ kurzfristig mögliche Kündigung werden diesem Interesse des Kunden keineswegs gerecht. Ideal ist eine Wartungszusage für die ganze vom Kunden beabsichtigte Benutzungsdauer – Zahrnt¹⁹ spricht von sechs Jahren, wobei ein Jahr auf die Sachgewährleistung für die neue Anlage fällt.

Die technische Lebensdauer einer Maschine hängt davon ab, ob sie viele mechanische Teile enthält. Peripheriegeräte enthalten besonders viele mechanische Teile und weisen deshalb mit zunehmendem Alter immer stärkere Abnutzungserscheinungen auf, wobei die vorbeugende Wartung hier über eine gewisse Zeit Abhilfe schafft. Bei der Zentraleinheit dominieren die elektronischen Bauteile, welche nicht diese Abnutzungserscheinungen zeigen²⁰, doch sind auch diese Systembestandteile nach einer gewissen Zeit infolge der technischen Entwicklung überholt, nicht mehr wirtschaftlich und werden deshalb nach einigen Jahren durch modernere Geräte ersetzt.

Weniger gross ist das Interesse des Herstellers an längeren Kündigungsfristen. Zwar rechnet er damit, extreme Aufwandkosten einer einzelnen Reparatur durch die Wartungsgebühren des gleichen Kunden nach einer gewissen Zeit wieder gedeckt zu haben²¹, doch ist sein Risiko, bei einer vorzeitigen Kündigung durch den Kunden Geld zu verlieren, sehr klein, weil er dieses Risiko auf unzählige Wartungskunden verteilen kann. Dem Hersteller genügt deshalb eine Kündigungsfrist, die ihm ermöglicht, sein Personal nötigenfalls umzudisponieren.

Die Gründe, welche die Hersteller hindern, fünfjährige (oder längere) Wartungsgarantien abzugeben, sind wirtschaftlicher Natur²². Solche Zusagen würden, da ja auch Occasionen unter den gleichen Wartungsvertrag fallen, dazu führen, dass Ersatzmaterial und speziell für diese alten Maschinen ausgebildete Techniker noch sehr viele Jahre nach Einstellung des Vertriebs dieses Modells bereitgehalten werden müssten, nämlich so lange, bis infolge der technischen Entwicklung die betreffende Maschine für jeden Kunden wirtschaftlich uninteressant wäre. Bei den Ersatzteilen gibt es noch ein zusätzliches Problem. Wenn die Produktion eines bestimmten Modells eingestellt wird, führt dies natürlich auch zur Einstellung der Ersatzteilproduktion. Die Herstellerfirma hält dann die für eine festgesetzte Zeit vermutlich noch benötigten Ersatzteile auf Lager bereit. Wenn sich diese Schätzung als falsch erweist und die Ersatzteile früher aufgebraucht sind, wäre dann zur Erfüllung der Wartungszusicherungen die Wiederaufnahme der Produktion für gewisse Teile not-

18 Vgl. dazu vorne S. 74.

19 Zahrnt, S. 298, N 1.

20 Vgl. vorne S. 85.

21 Vgl. ZR 76 (1977) Nr. 17.

22 Zum Missbrauch der Kündigung durch eine Herstellerfirma vgl. das Beispiel vorne S. 71 bei Anm. 42.

wendig. Angesichts der immer differenzierteren und komplizierteren Technologie wäre vorgängig eine erneute Beschaffung der erforderlichen Produktionsanlagen notwendig. Dieser erhebliche Aufwand ist aber wirtschaftlich nicht zu vertreten.

Bei dieser Sachlage wäre eine längere Wartungsgarantie von vornherein nur bei neuen Maschinen möglich. Dies würde aber für Kunden, die eine Occasionsmaschine warten lassen wollen, zu einer Ungleichbehandlung führen, was mindestens dann nicht gerechtfertigt wäre, wenn ein Kunde, der gleichzeitig eine neue Maschine des gleichen Typs kauft, eine langfristige Wartungsgarantie erhält.

Die Abgabe einer Wartungsgarantie für einen bestimmten Zeitraum ab Kauf der neuen Maschine, gültig auch für jeden späteren Erwerber, würde den Kunden auch keine zusätzliche Sicherheit bieten, weil die Hersteller angesichts der geschilderten Risiken gezwungen wären, diese Garantie im Zweifel eher zu kurz anzusetzen.

Damit bleibt nur das Vertrauen in die Korrektheit der Herstellerfirma. Sie sollte die voraussichtliche Einstellung der Wartung für ein bestimmtes Modell möglichst früh anzeigen, um dem Kunden oder potentiellen Occasionskäufer eine sinnvolle Disposition zu ermöglichen.

B. Tod, Handlungsunfähigkeit und Zahlungsunfähigkeit

Neben der Kündigung gibt es für den Computerwartungsvertrag noch andere, auch für alle Dauerverträge²³ geltende Beendigungsgründe. Nicht von Bedeutung als Beendigungsgrund ist hier der Tod einer Vertragspartei, da es bei der Wartung nicht auf die Individualität der Person ankommt. Der Eintritt der Handlungsunfähigkeit als Beendigungsgrund würde sich nach den Regeln über die nachträgliche Unmöglichkeit und die Beendigung aus wichtigen Gründen beurteilen²⁴ und kann hier übergangen werden.

Auch beim Computerwartungsvertrag gilt in Rücksichtnahme auf die einseitige Zahlungsunfähigkeit einer Partei der Grundsatz, dass ihr Partner seine Leistung zurückhalten kann, wenn die Gegenleistung gefährdet erscheint und sie trotzdem nicht sichergestellt wird (OR 83). Auch wenn die Wartungsfirma mit dem Erbringen der Wartungsleistungen begonnen hat, darf sie weitere Leistungen einstellen. Sie ist nämlich bis zum Vertragsende zu immer wiederkehrenden Leistungen verpflichtet und hat deshalb ihre Leistung erst dann im Sinne von OR 83 vollständig erbracht²⁵. Sollte die Sicherstellung unterbleiben, ist die Wartungsfirma zum Rücktritt – nach Beginn der Leistungen zur Kündigung²⁶ – berechtigt (OR 83 II).

23 Der Computerwartungsvertrag ist ein Dauervertrag, vgl. vorne S. 37.

24 Vgl. Gauch, Dauerverträge, S. 93.

25 Ausführlich Gauch, Dauerverträge, S. 96 ff.; vgl. auch die Ausführungen von Weydmann Philipp: Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958, S. 17 ff.

26 Vgl. hinten S. 130 f.

C. *Nachträgliche Unmöglichkeit*

Eine Erfüllung des Wartungsvertrags kann nachträglich unmöglich werden und führt zur Beendigung des Vertrages²⁷. Diese Unmöglichkeit kann sich aus objektiven, vom Schuldner nicht zu vertretenden Gründen ergeben; sie kann subjektiver Art sein und ist dann vom Schuldner zu vertreten, oder die Leistung kann wenn auch möglich, so doch unzumutbar sein infolge veränderter Umstände.

Objektiv unmöglich ist z.B. die Wartung einer Maschine, die durch irgendwelche Einwirkungen zerstört worden ist. Infolgedessen erlischt die Leistungspflicht der Wartungsfirma (OR 119 I).

Das Vertragsende kann aber auch dadurch herbeigeführt werden, dass die Leistung subjektiv unmöglich wird. So, wenn die Herstellerfirma es unterlassen hat, genügend Wartungstechniker auszubilden, um den wachsenden vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Entgegen der herrschenden Ansicht fällt dieser Tatbestand nicht unter die Regelung von OR 97 oder 119, sondern wird nach den Normen über den Schuldnerverzug beurteilt²⁸. Da eine Maschine ohne Wartung praktisch wertlos ist, wird der Schadenersatz, den die Wartungsfirma zu bezahlen hat, bei Verzicht auf weitere Leistungen (OR 107) recht hoch sein. Die vertraglichen Haftungsbeschränkungen kämen im vorliegenden Fall nicht zum Zuge, da angesichts der entscheidenden Bedeutung der Wartung für die Benutzbarkeit der Maschinen das beschriebene Verhalten der Herstellerfirma eine grob fahrlässige Schädigung des Kunden darstellt, für die keine Freizeichnung möglich ist.

Ein anderer Fall liegt vor, wenn der Wartungsfirma während der vertraglich zugesagten Wartungszeit die Ersatzteile ausgehen, weil sie den Bedarf zu knapp berechnet hat oder grosse Lagerbestände durch äussere Einwirkungen vernichtet worden sind. In diesem Fall ist die Leistung nur noch möglich, wenn wieder Ersatzteile angefertigt werden, was mit unzumutbar hohen Kosten verbunden sein kann. Die Leistung bleibt zwar objektiv möglich; deshalb wäre es unzutreffend, hier OR 119 anzuwenden²⁹, doch kann die Leistung für die Wartungsfirma unerschwinglich sein. Hier kann die Clausula rebus sic stantibus, die aus ZGB 2 abgeleitet wird, unbillige Resultate verhindern. Vor allem bei Dauerverträgen kann sich nämlich durch eine ausserordentliche, nicht voraussehbare und nicht vom Schuldner zu vertretende Veränderung der Verhältnisse eine so grosse Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung ergeben, dass ein Festhalten der Gegenpartei an ihrem Anspruch als rechtsmissbräuchlich erscheint³⁰. Bei zu knapper Berechnung des

27 Vgl. Gauch, Dauerverträge, S. 118 ff.

28 Vgl. v. Büren, OR I, S. 390 f.; Gauch/Schlupe/Jäggi, N 1551 ff.; Rep. 92 (1959) S. 31; SJZ 55 (1959) S. 261.

29 Guhl/Merz/Kummer, S. 64; Jäggi/Gauch, N 600 zu OR 18; Merz, N 191 zu ZGB 2; a.M. BGE 82 II 338; von Tuhr/Escher, S. 95 f., auch Anm. 18; vgl. auch Gautschi, N 1 und 6 zu OR 378/79 und SJZ 47 (1951) S. 79.

30 BGE 101 II 21 Erw. 2, 100 II 348 Erw. 2; Jäggi/Gauch, N 645 ff., vor allem N 661 -691 zu OR 18; Merz, N 181 ff., vor allem N 221 ff. zu ZGB 2; vgl. auch den Aufsatz Oftingers in SJZ 36 (1940) S. 229 ff. und 245 ff.; auch SJZ 64 (1960) S. 360 und SJZ 76 (1980) S. 150 ff.

Ersatzteilbedarfs ist der Eintritt der besonderen Umstände wohl meist durch die Wartungsfirma verschuldet und der Verlust grosser Lagerbestände dürfte im Normalfall voraussehbar sein. Deshalb wäre nicht die Clausula anwendbar, sondern es läge ein normaler Schuldnerverzug vor. Angesichts der kurzen Kündigungsfristen kann die Wartungsfirma Schadenersatzansprüche aus solchen Situationen regelmässig vermeiden. Daneben wären auch die umfangreichen Freizeichnungsklauseln zu beachten, welche nur ungültig sind, wenn der Wartungsfirma eine grobe Fahrlässigkeit oder sogar Absicht nachzuweisen ist (OR 100)³¹.

D. Schuldner- und Gläubigerverzug

Beim Computerwartungsvertrag gerät der Kunde in Schuldnerverzug, wenn er die fälligen Zahlungen trotz Mahnung nicht leistet (OR 102). Die Wartungsfirma ist verpflichtet, vorbeugende Wartungsarbeiten zu dem im Wartungsplan festgelegten Zeitpunkt vorzunehmen und bei Auftreten von Störungen möglichst schnell mit den Reparaturen zu beginnen. Auch die Wartungsfirma gerät erst durch Mahnung in Verzug. Die vertragstreue Partei kann Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen (OR 103) und nach unbenutztem Ablauf einer Nachfrist nachträgliche Erfüllung nebst Schadenersatz für die Verspätung oder – wenn infolge des vertragswidrigen Verhaltens auch künftige Leistungen gefährdet erscheinen³² – auf die nachträgliche Erfüllung verzichten, wobei entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt oder vom Vertrag – soweit mit der Dauerleistung noch nicht begonnen worden ist³³ – zurückgetreten werden kann (OR 107)³⁴. In bezug auf die Schadenersatzforderungen sind aber die vertraglich vereinbarten Freizeichnungsklauseln zu beachten, die nur bei grob fahrlässiger oder absichtlicher Schädigung durch die Wartungsfirma nicht gelten (OR 100 I)³⁵.

Der Kunde wird oft ausdrücklich verpflichtet, den Wartungstechnikern Zugang zu den Maschinen zu verschaffen³⁶. Bei Verletzung dieser Obliegenheit gerät er in Gläubigerverzug (OR 91) und die Wartungsfirma hat nach OR 95 das Recht, vom Vertrag zurückzutreten – bzw. bei schon begonnener Dauerleistung den Vertrag zu kündigen^{33,37}.

31 Ausführlich 7. Kapitel, S. 102 ff.

32 von Tuhr/Escher, S. 159; vgl. auch BGE 78 II 32; ZBJV 90 (1954) S. 282; Neuenschwander, S. 95 f.

33 Gauch, Dauerverträge, S. 166; Gautschi, N 1a zu OR 377; Neuenschwander, S. 95.

34 Zur Anwendbarkeit der Verzugsfolgen auf Dauerverträge: Gauch, Dauerverträge, S. 146 ff.; von Tuhr/Escher, S. 158 ff.; auch ZR 40 Nr. 114.

35 Ausführlich vorne 7. Kapitel, S. 102 ff.

36 Anhang IV: Vertrag 1, Klausel 7; Vertrag 2, Klausel 3; Vertrag 3, Klausel 6; S. 151 ff.

37 Ausführlicher vorne S. 97 f.

E. Wichtige Gründe

In einem Teil der Computerwartungsverträge ist vorgesehen, dass der vertragstreue Teil bei Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen dem Partner eine Nachfrist zur korrekten Vertragserfüllung setzen darf und bei Erfolglosigkeit dieser Aufforderung den Vertrag fristlos kündigen darf³⁸. Mit ihrem wiederholten vertragswidrigen Verhalten setzt die eine Partei damit einen wichtigen Grund, der die andere Partei zur fristlosen Kündigung ermächtigt³⁹.

Auch wenn eine entsprechende vertragliche Regelung fehlt, kann der Computerwartungsvertrag aus wichtigen Gründen gekündigt werden. Wie Gauch⁴⁰ nachweist, enthält die gesetzliche Regelung der Dauerverträge eine Lücke, indem sie die Beendigung aus wichtigem Grund nur in Einzelfällen vorsieht. Diese Lücke ist auszufüllen durch die Anerkennung "wichtiger Gründe" als Beendigungsgrund für alle Dauerverträge, ausser jenen, für die das Gesetz eine abschliessende Regelung der Beendigungsgründe getroffen hat (Miete beweglicher Sachen, Miete unbeweglicher Sachen auf unbestimmte Zeit und Pachtverträge auf unbestimmte Zeit). Selbstverständlich darf dieser Grund nicht schon bei Vertragsschluss vorliegen; in diesem Fall wäre er nach den Regeln über die Gültigkeit des Vertrags zu beurteilen⁴¹. Der wichtige Grund ist ein elastischer Rechtsbegriff. Im konkreten Fall muss unter Abwägung sämtlicher Interessen – also auch unter Berücksichtigung von Ordnung und Rechtssicherheit und des Interesses der Gegenpartei an der Fortsetzung des Vertrags – ein pflichtgemässer, sachlich gerechtfertigter Billigkeitsentscheid getroffen werden. In der Lehre gilt als wichtiger Grund die Gefährdung oder Erschwerung der Erreichung des Vertragszwecks – die Wartungsverträge enthalten in der Leistungsbeschreibung zahlreiche Beispiele für solche Verhaltensweisen⁴² – oder der Wegfall wesentlicher persönlicher oder sachlicher Voraussetzungen, oder allgemein Fälle, in denen eine Vertragsfortsetzung unerträglich, unzumutbar usw. erscheint⁴³.

Somit können sowohl äussere Umstände als auch das Verhalten einer Partei (selbst wenn es nicht die Vertragsbestimmungen verletzt) unter der Bezeichnung "wichtiger Grund" zur Auflösung des Computerwartungsvertrags führen. Die Beendigung aus wichtigen Gründen kann auch verlangt werden, wenn daneben andere Beendigungsgründe bestehen⁴⁴. Angesichts der Kürze der vertraglichen Kündigungsfristen werden die Parteien allerdings regelmässig den Weg der normalen Kündigung beschreiten.

38 Anhang IX: Vertrag 1, Klausel 4; Vertrag 3, Klausel 3; Vertrag 6, Klausel 4; S. 163 ff.

39 Vgl. auch Gauch, Dauerverträge, S. 132.

40 Dauerverträge, S. 188 ff., besonders 192 ff.; zustimmend Gessler, S. 140 ff.; Neuenschwander, S. 98.

41 Gauch, Dauerverträge, S. 196 ff.; Gessler, S. 142.

42 Vgl. vorne S. 92 ff.

43 Ausführlich Gauch, Dauerverträge, S. 174 ff.; Gautschi, N 1 und 6 zu OR 378/79; Gessler, S. 143.

44 Gauch, Dauerverträge, S. 196.

IV. Das Vorgehen bei der Liquidation des Vertragsverhältnisses⁴⁵

Die Beendigung eines Vertrags bewirkt zuerst einmal das Ende der Hauptleistungspflicht. Daneben bleiben aber gewisse ausservertragliche und vor allem auch vertragliche Pflichten bestehen, das sind die Abwicklungspflichten, die gerade im Hinblick auf das Vertragsende bestehen (z.B. Ersatz des Erfüllungsinteresses, Rückgabepflichten), dann etwaige Restanzpflichten (z.B. Verzugszinsen) und nachvertragliche Pflichten (z.B. Geheimhaltungspflichten).

Bei der Liquidation eines Dauervertrags soll mittels der Abwicklungspflichten die Lage hergestellt werden, die zwischen den Parteien infolge des Vertragsendes bestehen soll. Beim Vertragsrücktritt ist im Gegensatz zur Kündigung die erhaltene Leistung zurückzugeben; mit der Rücktrittserklärung wird deshalb das bestehende Vertragsverhältnis nicht beendet, sondern es entstehen Rückleistungspflichten, deren Erfüllung den vorvertraglichen Zustand wiederherstellen soll⁴⁶ und damit das Vertragsverhältnis beendet. Diese Rückleistungspflichten bestehen in der Rückgabe des Geleisteten in natura. Beim Computerwartungsvertrag kann jedoch die typische Hauptleistung – die Wartung – nicht in natura zurückerstattet werden; die Rückleistungspflicht beinhaltet deshalb eine Unmöglichkeit und ist damit ausgeschlossen. Da das OR weder eine subsidiäre wertmässige Rückleistungspflicht für Leistungen, die nicht in natura zurückgegeben werden können, kennt noch einen allgemeinen Grundsatz, dass bei Unmöglichkeit einer Leistung deren Gegenwert zu erbringen sei (vgl. im Gegenteil OR 20 I und OR 119 I), gibt es beim Computerwartungsvertrag – wie bei fast allen Dauerverträgen des OR⁴⁷ – keine Rückleistungspflicht in bezug auf die typische Hauptleistung und damit auch keine Rückerstattung der atypischen Geldleistung des Kunden. Somit können Rückleistungspflichten nur entstehen, bevor mit der Wartung begonnen worden ist. Von diesem Zeitpunkt an wirkt der Rücktritt deshalb bloss als Kündigung (ex nunc)⁴⁸.

Zurückzugeben hat der Kunde aber bei der Beendigung des Computerwartungsvertrages die bei ihm deponierten Prüfgeräte, Werkzeuge und Ersatzteile, die Eigentum⁴⁹ der Wartungsfirma sind, ebenso leihweise überlassene Ersatzaggregate⁵⁰.

45 Zum Folgenden ausführlich Gauch, Dauerverträge, S. 200 ff.

46 Zu Recht lehnt Gauch (Dauerverträge, S. 207 f.) die h.M. ab, nach der mit dem Rücktritt die causa des Vertrages und damit das ganze Schuldverhältnis aufgehoben wird, als ob es nie bestanden hätte. Denn die Tatsache, dass einmal ein Vertrag vorhanden war, kann nicht durch eine Fiktion weggehext werden; zudem fällt es schwer, die vertragliche Schadenersatzpflicht des Rücktrittgegners zu erklären, wenn angeblich gar nie ein Vertrag vorhanden war.

47 Vgl. Gauch, Dauerverträge, S. 210; Neuenschwander, S. 95.

48 Vgl. auch v. Büren, OR I, S. 381; Gautschi, N 1b zu OR 377; Schönenberger/Jäggi, N 565 zu OR 1; Neuenschwander, S. 95.

49 Anhang V: Vertrag 6, Klausel 3, S. 157.

50 Anhang IX: Vertrag 3, Klausel 4, S. 164.

Sofern der Vertrag nicht durch ordentliche Kündigung beendet worden ist, können zu den Abwicklungspflichten auch Schadenersatzansprüche gehören, sofern eine Partei durch die vorzeitige Beendigung geschädigt wird und die andere für diesen Schaden einzustehen hat. Zu beachten sind dabei aber die in den Wartungsverträgen üblichen Freizeichnungsklauseln.

10. Kapitel

Gerichtsstand und anwendbares Recht

I. Gerichtsstand

Als Gerichtsstand ist in allen Computerwartungsverträgen das Gericht am Hauptsitz der schweizerischen Tochtergesellschaft des betreffenden Herstellers vereinbart. Bei allen vertraglichen Regelungen des Gerichtsstands ist aber zu beachten, dass das Bundesgericht in seiner neueren Praxis strenge Anforderungen an ihre Geltungsvereinbarung stellt¹.

Gerichtsstandsklauseln werden regelmässig als ungewöhnliche, d.h. vom Gegenkontrahenten nicht zu erwartende, geschäftsfremde Abmachungen bezeichnet. Deshalb können sie nur als vereinbart gelten, wenn die Partei, welche sie formuliert hat, in guten Treuen annehmen darf, ihr Partner habe vom Verzicht auf seinen eigenen Gerichtsstand Kenntnis genommen und in richtiger Erkenntnis der Tragweite dieses Verzichts zugestimmt².

Dabei ist von Bedeutung, ob der Verzichtende geschäftsgewandt und rechtskundig ist oder nicht. Mindestens muss sich die Gerichtsstandsklausel an gut sichtbarer Stelle befinden, unmissverständlich formuliert und in ihrer Gestaltung hervorgehoben sein. Bei geschäftsunerfahrenen Vertragspartnern können sogar ein Hinweis auf die Gerichtsstandsklausel und eine Erklärung ihrer Bedeutung erforderlich sein³.

Da der Computerwartungsvertrag von Kaufleuten unterzeichnet wird, gelten hier nur die Anforderungen an die formelle Gestaltung der Gerichtsstandsklauseln.

Meist befindet sich die Vereinbarung am Ende der Bestimmungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen für Computerwartung. Unmittelbar darunter setzen die Parteien ihre Unterschrift. Regelmässig sind die Formulare mit den Geschäftsbedingungen graphisch locker gestaltet und die einzelnen Klauseln sind keineswegs auf engem Raum gedrängt aufgeführt. Damit ist das erste Erfordernis an die gültige Vereinbarung von Gerichtsstandsklauseln erfüllt.

Die Formulierung der Klausel lautet meist: "Gerichtsstand für alle Streitigkeiten ist ...", "Gerichtsstand ist ..." oder noch deutlicher: "Ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist ..." Damit lässt auch die Formulierung keine Zweifel am Inhalt der Vereinbarung aufkommen.

¹ Vgl. auch die Ausführungen vorne S. 50.

² Vgl. BGE 104 Ia 279.

³ Ausführlich BGE 104 Ia 280; in den Entscheiden 91 I 16 und 98 Ia 322 Erw. a hielt das Bundesgericht die Einhaltung dieser formellen Erfordernisse bei Verträgen unter Geschäftleuten nicht erforderlich (zustimmend Bucher, OR, S. 135). Dagegen wurde in 93 I 327 Erw. Sa ganz generell eine klare Abhebung der Gerichtsstandsklausel von den übrigen Vertragsbestimmungen verlangt und in 102 Ia 411 Erw. a eine klare Formulierung für notwendig erachtet.

Als drittes Erfordernis nennt das Bundesgericht die Hervorhebung der Klausel durch ihre drucktechnische Gestaltung. Nur vereinzelt ist die Klausel fett gedruckt und erfüllt damit eindeutig alle Erfordernisse. Knapp den Erfordernissen genügen dürfte die Vereinbarung auch, wenn sie unter der fettgedruckten Überschrift "Gerichtsstand" steht (obwohl auch die Überschriften für die andern Abschnitte fett gedruckt sind), am Ende des Vertrages steht und zudem der Ort durch Fettdruck hervorgehoben ist. Fraglicher könnte dies sein, wenn die Gerichtsstandsklausel zwar eindeutig formuliert und am Ende des Vertrages über der Unterschrift steht, aber nur wie alle andern Bestimmungen von der jeweils vorangehenden durch einen grösseren Abstand getrennt ist. Nicht genügen dürfte die Klausel den Erfordernissen des Bundesgerichts, wenn sie gemeinsam mit diversen andern unter einem letzten Titel, der keinen Hinweis auf den Gerichtsstand enthält, aufgeführt, zwar an letzter Stelle steht, doch auf keine Weise hervorgehoben ist⁴. In diesem Fall kann eine Zustimmung des Kunden nicht mehr vermutet werden und die Wartungsfirma müsste mit andern Mitteln beweisen, dass der Kunde von der Gerichtsstandsklausel Kenntnis genommen und seine Zustimmung in richtiger Erkenntnis der Tragweite dieser Klausel gegeben hat. Dieser Beweis wird schwer zu erbringen sein.

II. Anwendbares Recht

In allen Computerwartungsverträgen wird vereinbart, dass schweizerisches Recht anwendbar sein solle. Dabei ist als selbstverständlich vorausgesetzt, dass in erster Linie die vertraglichen Abmachungen im Standardvertrag und in den dazugehörigen individuellen schriftlichen Vereinbarungen gelten sollen⁵.

Mit dem Abschluss des Wartungsvertrags wird also gleichzeitig ein Verweisungsvertrag abgeschlossen. Dies geschieht in Ausübung der privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit, welche im Gebiet des Internationalen Privatrechts als Parteiautonomie bezeichnet wird⁶. Mit der Parteiverweisung wird bestimmt, welche Rechtsordnung für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses massgebend sein soll, mit der Folge, dass dann diese Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit mit allen dispositiven und zwingenden Normen zur Anwendung kommt⁷. Zulässig ist dabei die Wahl jeder Rechtsordnung, sofern dafür ein vernünftiges Interesse der Parteien spricht⁸ oder die Wahl in guten Treuen getroffen worden ist⁹. Mit der Rechtswahl wird die Rechtssicher-

4 Das Bundesgericht äussert in Entscheid 104 Ia 281 f. Erw. 4b schon bei einer eindeutig besseren drucktechnischen Gestaltung Zweifel, ob das Erfordernis der Hervorhebung erfüllt sei.

5 Nur vereinzelt ausdrücklich festgelegt: als Beispiel Anhang X: Vertrag 1, S. 167.

6 BGE 91 II 248, zitiert bei Keller/Schulze/Schätzle, S. 2 ff.; Keller/Siehr, S. 7.

7 Schönenberger/Jäggi, Allgemeine Einleitung, N 198.

8 BGE 102 II 143 ff. Erw. 1, zitiert bei Keller/Schulze/Schätzle, S. 20 und BGE 91 II 44, zitiert S. 25.

9 Schönenberger/Jäggi, Allgemeine Einleitung, N 199.

heit optimal verwirklicht, das anwendbare Recht ist für die Parteien voraussehbar¹⁰. Ausgeschlossen ist eine Rechtswahl, wenn das anwendbare Recht zwingend vorgeschrieben ist oder bei Vorliegen sogenannter Eingriffsnormen, die im öffentlichen Interesse in Privatrechtsverhältnisse eingreifen (z.B. bei Arbeits- und Mietverträgen). Im weiteren kann die Anwendung der gewählten Rechtsordnung daran scheitern, dass sie grundlegenden Wertvorstellungen des einheimischen Richters widerspricht¹¹.

Falls der Verweisungsvertrag als nicht zustande gekommen zu betrachten ist, stellt sich die Frage, welches Recht auf das vorliegende Vertragsverhältnis anzuwenden ist. Die Aufgabe des Richters besteht darin, das Recht zu finden, zu dem das Vertragsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang hat¹². Dieses Recht ist dann das kompetenteste Recht. Es ist auf das Vertragsverhältnis anzuwenden, auch wenn es vielleicht dem Richter materiellrechtlich nicht angemessen erscheinen mag (immerhin ist der ordre public vorbehalten¹³).

Massgeblich¹⁴ ist für ein Vertragsverhältnis nach wohl herrschender Ansicht, der auch die neuere Bundesgerichtspraxis folgt, das Recht am Wohnsitz jener Partei, deren Leistung für den Vertrag charakteristisch ist¹⁵, es sei denn, dass besondere Umstände eines einzelnen Vertrages unter dem Gesichtspunkt des engsten räumlichen Zusammenhangs die Anwendung eines andern Rechts nahelegen¹⁶.

Diese sogenannte Vertragstypenformel ist auch in den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht¹⁷ übernommen worden. Art. 117 VE bestimmt, dass in erster Linie die von den Parteien getroffene Rechtswahl gelte, es sei denn, eine Partei sei besonders schutzbedürftig. Sonst ist der engste räumliche Zusammenhang zu suchen, der namentlich durch die charakteristische Leistung, durch ein besonderes Schutzbedürfnis oder durch eine eindeutige örtliche Verknüpfung bestimmt ist (VE 120). Bei Arbeitsleistungsverträgen gilt die Arbeit als charakteristische Leistung (VE 121 IIc); somit ist – vorbehaltlich besonderer Regelungen (z.B. VE 122 II für den Arbeitsvertrag) – für die Bestimmung des anwendbaren Rechts der Ort der Geschäftsniederlassung bzw. der gewöhnliche Aufenthaltsort des die Arbeitsleistung Erbringenden (VE 121 I) massgeblich.

Somit ergibt sich für den Computerwartungsvertrag folgende Lösung: Die typische Leistung besteht in der Wartung; damit ist der Geschäftssitz der Wartungsfirma für die Bestimmung des anwendbaren Rechts massgebend. Die Wartung wird durch die schweizerischen Tochtergesellschaften der jeweiligen Computerhersteller vorgenommen, deshalb ist auch bei Fehlen einer Rechtswahl schweizerisches Recht

10 Keller/Siehr, S. 9.

11 Keller/Siehr, S. 10 f. und 12 f.

12 BGE 78 II 74 ff., zitiert bei Keller/Schulze/Schätzle, S. 28 ff.

13 Keller/Siehr, S. 35 ff., vor allem S. 38.

14 Vgl. Schönenberger/Jäggi, N 236 der Allgemeinen Einleitung.

15 Keller/Schulze/Schätzle, S. 30 und dort zitierte BGE.

16 Keller/Schulze/Schätzle, S. 32 und dort zitierte BGE 94 II 355 und 78 II 190; Schönenberger/Jäggi, Allgemeine Einleitung, N 240–242, Beispiel in N 242.

17 Im folgenden VE genannt; publiziert in: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht/ Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Zürich 1979.

anwendbar. Zum gleichen Resultat gelangt man, wenn als Charakteristikum des Computerwartungsvertrags das Vorliegen eines Massenvertrags angesehen wird. Dann ist das Recht am Sitz des Unternehmens anwendbar, also wieder schweizerisches Recht¹⁸.

18 Keller/Schulze/Schätzle, S. 31 und die dort zitierten BGE 74 II 81 Erw. 1, 88 II 283, 96 II 145.

ANHANG I

Vertragsschluss

Vertrag 1

Klausel 1

Die Bestimmungen dieses Rahmenvertrages gelten für die Wartung von in Nachträgen zu diesem Vertrag aufgeführten Systemen und/oder Maschinen (im folgenden "Maschinen" genannt), sofern in einzelnen Nachträgen nicht schriftlich etwas anderes vereinbart wird. Individualpunkte, wie z.B. Spezifikationen der Maschinen, Wartungsvergütung und Dauer der Wartungsbereitschaft, werden ebenfalls in den jeweiligen Nachträgen festgelegt. Durch die Unterzeichnung eines Nachtrages anerkennen die Vertragsparteien die Bestimmungen des Rahmenvertrages.

Klausel 2

Die Firma verpflichtet sich, auf Verlangen des Kunden in den folgenden zwei Fällen die Wartung von Maschinen zu übernehmen und einen Nachtrag zum Rahmenvertrag abzuschliessen:

- unmittelbar nach Ablauf der jeweiligen Garantieperiode,
- nach einer durch die Firma vorgenommenen, erfolgreichen Untersuchung der Maschinen, die der Kunde mit einem gültigen, von der Firma oder einer ihrer Konzerngesellschaften ausgestellten Wartungszertifikat erworben hat. Die Untersuchung erstreckt sich dabei auf Transport- und Lagerschäden sowie auf die Installation der Maschine, sofern diese nicht durch die Firma vorgenommen wurde. Diese Verpflichtung gilt nur, soweit ein entsprechender Wartungsvertrag in der Schweiz allgemein angeboten wird.

In allen andern Fällen verpflichtet sich die Firma, die Maschinen auf Verlangen des Kunden zu untersuchen, um zu entscheiden, ob sie dafür einen Nachtrag zu diesem Rahmenvertrag abschliessen oder die Wartung auf Zeit- und Materialbasis ermöglichen will. Auf Verlangen des Kunden wird die Firma dem Kunden einen Kostenvoranschlag für die Wiederherstellung der Wartungstauglichkeit unterbreiten.

Im Rahmen dieser Verpflichtungen wird vorausgesetzt, dass es sich dabei um Maschinen handelt, die von der Firma vertrieben werden bzw. vertrieben worden sind und in der Schweiz installiert sind.

Klausel 3

Verbindlich für beide Parteien ist nur, was schriftlich niedergelegt und beidseitig unterzeichnet ist. Bis dahin bleibt der Rückzug von Verhandlungen beiden Parteien ohne finanzielle Auswirkungen offen.

Klausel 4

Änderungen des vorliegenden Rahmenvertrages und seiner Nachträge sind nur gültig, wenn sie in Form von Anhängen schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet sind.

Vertrag 2

Klausel 1

Die Aufnahme einer Anlage in das Wartungsverhältnis setzt voraus, dass sich die Anlage in einem einwandfreien Zustand befindet. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn der Wartungsvertrag bei erstmaliger Inbetriebnahme der Anlage abgeschlossen wird. Andernfalls kann die Anlage erst nach einer kostenpflichtigen Durchsicht in den Wartungsvertrag einbezogen werden.

Klausel 2

In diesem Vertrag nicht festgelegte Abreden sind nicht bindend. Künftige Abreden sind nur schriftlich und in Form eines Nachtrages zu diesem Vertrag bindend.

Vertrag 3

Klausel 1

Der Kunde vergütet zu den bei der Firma üblichen Sätzen

- ...
- ...
- ...
- ...
- die erste Prüfung und etwa notwendige Instandsetzung bei der Übernahme der Wartung bereits in Betrieb befindlicher Geräte.

Klausel 2

Nebenabreden und Vertragsänderungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.

Vertrag 4

Dieser Vertrag kommt mit der Unterzeichnung durch den Kunden und der Gegenzeichnung durch die Firma zustande. Die Wartung von Maschinen setzt den Ab-

schluss von Nachträgen zu diesem Vertrag voraus, deren Zustandekommen an dieselbe Form gebunden ist.

...

ANHANG II

Wartungsleistungen

Vertrag 1

Klausel 1

Die Wartung der Maschinen umfasst:

- die von der Firma bestimmten vorbeugenden, zur Aufrechterhaltung der Betriebstüchtigkeit der Maschinen erforderlichen Leistungen (Instandhaltung oder vorbeugende Wartung);
- die Beseitigung von Störungen an den Maschinen wahlweise durch Justierung, Reparatur und/oder Ersatz defekter Bestandteile (Instandsetzung).

Unabhängig von der Dauer des Gebrauchs defekt gewordener Teile werden an deren Stelle neue oder neuwertige Teile eingebaut. Die ausgetauschten Teile gehen in das Eigentum der Firma über.

Nach vorgängiger Aufklärung des Kunden baut die Firma technische Verbesserungen, die sie für erforderlich hält, kostenlos in die Maschinen ein. Technische Verbesserungen, die aufgrund einer Modelländerung und/oder des Einbaus einer Zusatzeinrichtung durch den Kunden oder durch Dritte nötig werden, können hingegen in Rechnung gestellt werden.

Klausel 2

Die Firma ist gegenüber dem Kunden zur Aufklärung verpflichtet, sobald ihr Tatsachen und Umstände bekanntwerden, welche die ordnungsgemässe Wartung wesentlich erschweren oder verunmöglichen bzw. erleichtern.

Klausel 3

Die Firma hat die zur Erhaltung bzw. zur Wiederherstellung der Betriebstüchtigkeit notwendige Instandhaltung und Instandsetzung der Maschinen gemäss Klausel 1 durchzuführen.

Klausel 4

Sie setzt für diese Arbeiten Personal ein, das mit den zu wartenden Maschinen vertraut ist. Zur Erfüllung der Wartungsleistungen hat sie spezialisiertes Personal sowie geeignete Ersatzteile, Werkzeuge, Messgeräte und andere Hilfsmittel angemessen zur Verfügung zu halten.

Klausel 5

Nach Durchführung von Wartungsarbeiten werden folgende Angaben festgehalten und vom Wartungspersonal der Firma und dem Personal des Kunden unterschrieben:

- Tag und Zeit des Wartungsbeginns
- Bezeichnung der gewarteten Maschine
- Dauer der Wartungsleistung.

Bei Instandsetzungsarbeiten werden zusätzlich festgehalten:

- Tag und Zeit der Störungsmeldung (durch Personal des Kunden)
- Tag und Zeit der Wiederherstellung der Betriebstüchtigkeit
- kurze Beschreibung der Störung, insbesondere Angabe der Störungsursache.

Klausel 6

Der Beginn der Wartungsbereitschaft sowie der Beginn und die Dauer der Wartungszeit für die Instandhaltung jeder Maschine werden von den Vertragsparteien schriftlich vereinbart und in einem Wartungsplan festgehalten. Im Rahmen der Verhandlungen über einen solchen Plan verpflichtet sich die Firma, den betrieblichen Gegebenheiten des Kunden, soweit zumutbar, Rechnung zu tragen.

Klausel 7

Die Wartungsbereitschaft beginnt in der Regel an jedem Wochentag von Montag bis Freitag zum gleichen Zeitpunkt. Dieser wird vom Kunden gewählt.

Für jede Maschine eines Systems kann der Kunde eine unterschiedliche Dauer der Wartungsbereitschaft wählen.

Auf Wunsch der Firma legt der Kunde in der Regel die Wartungsbereitschaft jeder Maschine so fest, dass diese die für die Maschine mit der kürzesten Wartungsbereitschaft gewählten Stunden einschliesst. Für die Samstage und Sonntage sowie für die im Nachtrag festgelegten Feiertage kann der Kunde eine abweichende Bereitschaftsperiode bestimmen.

Der Kunde kann die Wartungsbereitschaft sowie den Wartungsplan einer Maschine ändern, wenn er dies der Firma 15 Tage vorher schriftlich mitteilt.

Klausel 8

Instandsetzungsarbeiten werden während der Wartungsbereitschaft raschmöglichst, normalerweise innert zwei Stunden nach erfolgter Störungsmeldung begonnen. Auch ausserhalb der Wartungsbereitschaft führt die Firma auf Verlangen des Kunden, soweit zumutbar, Instandsetzungsarbeiten durch.

Die Firma ist auf Verlangen des Kunden verpflichtet, begonnene Instandsetzungsarbeiten auch über die im Nachtrag festgelegte Wartungsbereitschaft hinaus weiterzuführen, wobei mindestens für die erste Stunde und für die Zeit der verspäteten Aufnahme von Instandsetzungsarbeiten (mehr als zwei Stunden nach Störungsmeldung) keine besondere Vergütung in Rechnung gestellt werden kann.

Für Arbeiten, die ausserhalb der Wartungsbereitschaft geleistet werden, wird – sofern im jeweiligen Nachtrag vereinbart – eine Vergütung für die effektiven Mehraufwendungen in Rechnung gestellt. Der Ersatz defekter Bestandteile wird in solchen Fällen nicht gesondert berechnet.

Klausel 9

...

Klausel 10

Auf frühzeitiges Verlangen des Kunden verpflichtet sich die Firma in der Regel zur Pikettstellung eines oder mehrerer Wartungstechniker für die Zeit ausserhalb der vereinbarten Wartungsbereitschaft. Sofern im jeweiligen Nachtrag vereinbart, ist dafür eine Entschädigung zu bezahlen.

Klausel 11a

Zur Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Betriebstüchtigkeit der Maschinen erbringt die Firma als Spezialist für deren Wartung voll geeignete Leistungen. Diese gewährleisten jedoch nicht eine ununterbrochene Benützung der Maschine.

Klausel 11b

Sofern im entsprechenden Nachtrag nicht anders geregelt, gilt im übrigen folgendes:

- Sofern eine unter diesem Rahmenvertrag und seinen Nachträgen gewartete Maschine ohne Verschulden des Kunden ausfällt und für mehr als 24 Stunden ab der Benachrichtigung an die Firma funktionsunfähig bleibt, so gewährt die Firma dem Kunden für jede in der gewählten Wartungsbereitschaft liegende Ausfallstunde eine Gutschrift in der Höhe von mindestens 1/2% der monatlichen Wartungsvergütung für diese Maschine. Die Maximalgutschrift pro Kalendertag darf 1/30 der monatlichen Wartungsvergütung nicht übersteigen. Eine gleiche Gutschrift wird gewährt für jede weitere dazugeschaltete Maschine, die infolge der Störung nicht benützbar ist, sofern sie diesem Rahmenvertrag und seinen Nachträgen untersteht.
- Bei unverzüglicher Bereitstellung einer geeigneten Ausweichmaschine durch die Firma wird keine Gutschrift geschuldet.

Vertrag 2

Klausel 1

- Unter diesem Vertrag werden von der Firma Wartungsleistungen erbracht, die darauf ausgerichtet sind, die Maschinen in einem betriebstüchtigen Zustand zu

halten bzw. in diesen zu versetzen. Eine ununterbrochene Betriebstüchtigkeit der Maschinen wird jedoch nicht gewährleistet.

— ...

Klausel 2a

Während der jeweiligen Wartungsbereitschaft gemäss Klausel 4 erbringt die Firma die unter Klausel 2b spezifizierten Wartungsleistungen.

Klausel 2b

Die Wartungsleistungen der Firma schliessen ein:

- die von der Firma entsprechend den speziellen Erfordernissen der einzelnen Maschine geplante Instandhaltung,
- die Behebung von Störungen auf Anforderung des Kunden (Instandsetzung).

Darunter fallen auch die notwendigen Justierungen und das Auswechseln nicht mehr verwendungsfähiger Teile, wobei ausgetauschte Teile in das Eigentum der Firma übergehen.

Klausel 3

Die Firma baut die von ihr als nützlich erachteten technischen Verbesserungen in die Maschinen ein. Mit schriftlicher Zustimmung der Firma kann der Einbau auf solche Verbesserungen beschränkt werden, die von der Firma als unumgänglich bezeichnet werden.

Klausel 4

Für Maschinen, die im Nachtrag als "Benutzungsplan-Maschinen" bezeichnet werden, erfolgen die Wartungsleistungen der Firma ohne zeitliche Einschränkung.

Für alle anderen Maschinen kann der Kunde die Verfügbarkeit der Wartungsleistungen (Wartungsbereitschaft) im Rahmen der nachfolgenden Bestimmungen vereinbaren:

- a) Die Bezahlung einer monatlichen Wartungs-Grundgebühr gibt dem Kunden Anrecht auf eine Wartungsbereitschaft während täglich neun aufeinanderfolgender Stunden zwischen 07.00 und 18.00 Uhr, und zwar jeweils von Montag bis Freitag. Davon ausgenommen sind folgende Feiertage: Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmontag, 25. und 26. Dezember.
- b) Eine erweiterte Dauer der Wartungsbereitschaft kann gegen Bezahlung eines prozentualen Zuschlages zur monatlichen Wartungs-Grundgebühr vereinbart werden. Mögliche Varianten für die Erweiterung der Wartungsbereitschaft und die entsprechenden prozentualen Zuschläge sind in den Nachträgen aufgeführt.
- c) Die Wartungsbereitschaft beginnt an jedem Wochentag von Montag bis Freitag zum gleichen vom Kunden gewählten Zeitpunkt. Bei erweiterter Wartungsbereit-

schaft kann der Kunde für die Samstage und Sonntage (einschliesslich der oben-erwähnten Feiertage) je einen abweichenden Zeitpunkt bestimmen.

- d) Für jede Maschine eines Systems kann der Kunde eine unterschiedliche Dauer der Wartungsbereitschaft wählen. Er muss jedoch den Zeitraum für die Wartung jeder Maschine so festlegen, dass dieser die für die Maschine mit der kürzesten Wartungsbereitschaft gewählte Stundenzahl einschliesst.

Als System im Sinne dieses Vertrages wird eine Kombination von Maschinen mit einer zentralen Steuereinheit definiert, die funktionsmässig zusammengehören und durch Netz- oder Signalkabel verbunden sind.

- e) Der Kunde kann den Zeitpunkt des Beginns und die Dauer der Wartungsbereitschaft einer Maschine jederzeit unter Beachtung einer Mitteilungsfrist von 15 Tagen schriftlich ändern.

Vertrag 3

Klausel 1

Im vertraglich vereinbarten Pflege- und Wartungsdienst sind folgende Leistungen der Firma eingeschlossen:

A. Vorbeugende Wartungsarbeiten

- a) In regelmässigem Turnus werden die von der Firma vorgeschriebenen Betreuungsarbeiten durchgeführt. Sie umfassen:
- Kontrolle der wesentlichsten Funktionen,
 - Kontrolle und evtl. notwendige Korrektur von Justagen,
 - Überprüfung des Zusammenspiels der Systemkomponenten und Funktion,
 - Kontrolle der Aggregate auf Verschleisserscheinungen, Reinigung von Verschmutzungen, Öl und Fetten,
 - Ersatz von Maschinenteilen gegen Rückgabe der ausgetauschten Teile (an die Firma), welche durch normalen Verschleiss nicht mehr den Spezifikationen der Firma entsprechen,
 - Einbau von technischen Änderungen, die von der Firma zur Sicherung der Maschinenfunktion als notwendig angesehen werden.
- b) Die vorbeugenden Wartungsarbeiten können im Bedarfsfall auch in einer der Firmen-Werkstätten durchgeführt werden. In diesem Fall wird dem Kunden für die Dauer der Wartungsarbeiten unentgeltlich ein gleichwertiges Ersatzgerät zur Verfügung gestellt.
- c) Die vorbeugenden Wartungsarbeiten werden zu rechtzeitig zwischen den Kunden und der Firma vereinbarten Terminen während der regelmässigen Arbeitszeit (der Firma) vorgenommen. Der Kunde gewährleistet, dass die Anlage zum vereinbarten Zeitpunkt zur Verfügung steht.
- d) Die vorbeugenden Wartungsarbeiten können auch anlässlich einer Entstörung durchgeführt werden.

B. Beseitigung von Störungen

Die Firma wird alle geräteseitigen Störungen beheben, sofern diese dem zuständigen Kundendienst der Firma gemeldet werden. Die Zeit bis zur Störungsbehebung wird durch die Bereitstellung einer ausreichenden Menge von Ersatzmaterial und Testmitteln auf ein Minimum reduziert.

Eingeschlossen sind insbesondere folgende Leistungen:

- Bereitschaftsdienst des technischen Kundendienstes während der normalen Firmen-Arbeitszeit,
- Instandsetzung defekter Geräte,
- Austausch defekter Geräte, soweit die Firma den Austausch für notwendig erachtet,
- Korrektur von Justagen.

Klausel 2

Bei jedem Kundenbesuch wird vom Firmen-Mitarbeiter ein Arbeitsbericht als Nachweis der erbrachten Leistung erstellt. Dieser Bericht ist vom Kunden nach Beendigung der Arbeiten zu unterzeichnen.

Klausel 3

Die Wartungspauschale gilt für den Ein-Schichtbetrieb, d.h. für eine monatliche Nutzungsdauer von 180 Stunden. Werden die Geräte mehr als 180 Stunden/Monat genutzt, erhöht sich die Wartungspauschale prozentual entsprechend.

Klausel 4

Die Firma wird Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten durch ausreichend ausgebildetes und mit den üblichen Ersatzteilen und Prüfungsmitteln ausgerüstetes Personal durchführen.

...

Klausel 5

Werden defekte Teile im Rahmen von Wartungs- oder Instandsetzungsarbeiten auf Dauer durch andere Teile ersetzt, so geht das Eigentum an den ersetzten Teilen auf die Firma, das Eigentum an den Austauschteilen auf den Kunden über.

Vertrag 4

Klausel 1

Die Firma verpflichtet sich, die in den Gerätescheinen bezeichneten Geräte zu warten. Die Wartung umfasst die vorbeugenden Wartungsarbeiten, die Beseitigung von Störungen und Schäden sowie die Durchführung technischer Änderungen.

Klausel 2

Die Wartung der Geräte erfolgt montags bis freitags, ausgenommen Feiertage, in der Zeit von 08.00 bis 17.00 Uhr (normale Wartungszeit).

Der Kunde kann mit einer Vorankündigung von 10 Tagen verlangen, dass die vorbeugenden Wartungsarbeiten montags bis freitags, ausgenommen Feiertage, in der Zeit von 06.00 bis 08.00 Uhr oder 17.00 bis 22.00 Uhr gegen einen Zuschlag durchgeführt werden (vgl. hinten Anhang III: Vertrag 4, Klausel 1 Abs. 1).

Auf Wunsch des Kunden unterhält die Firma ausserhalb der normalen Wartungszeit einen Bereitschaftsdienst für die Beseitigung von Störungen und Schäden. Die Anmeldung für die Stellung des Bereitschaftsdienstes hat 10 Tage im voraus zu erfolgen.

Um eventuell notwendige behördliche Genehmigungen für Arbeiten an Sonn- und Feiertagen wird die Firma mit Unterstützung des Kunden nachsuchen.

Bei der Wartung gehen ersetzte Teile in das Eigentum der Firma über.

Vertrag 5

1. Leistungen der Firma

- Fachgemässe Reparatur bei allfälligen Störungen (von Montag bis Freitag während der normalen Firmen-Geschäftszeit),
- ...
- ...

Vertrag 6

Klausel 1

- Die Firma verpflichtet sich zur sorgfältigen Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben.
- ...

Klausel 2

- ...
- ...
- Der Kunde wird den technischen Dienst der Firma unverzüglich benachrichtigen, wenn die Notwendigkeit von korrektiven Wartungsarbeiten auftritt, und stellt die erforderlichen Maschinen dem technischen Wartungspersonal zur Verfügung. Die Firma sorgt dafür, dass diese Wartungsleistungen innerhalb der vereinbarten Service-Bereitschaft so rasch wie möglich ausgeführt werden.

ANHANG III

Nicht geschuldete Leistungen

Vertrag 1

Klausel 1

In der Wartung nicht inbegriffen sind:

- a) Arbeiten an vom Kunden oder von Dritten ausgeführten elektrischen Installationen ausserhalb der Maschinen, die Wartung von Zubehör oder Bestandteilen sowie von Änderungen, Anbauten oder andern Zusatzeinrichtungen, welche nicht von der Firma geliefert wurden;
- b) die Behebung von Schäden und die Leistung eines übermässig erhöhten Wartungsaufwandes, welche nachweislich aus folgenden Gründen notwendig sind: Standortwechsel, Unfall, zweckentfremdeter Einsatz, unsorgfältige Behandlung, Änderungen, Reparaturen und Anbauten an den Maschinen durch Personal des Kunden oder von Drittfirmen, Einwirkungen von nicht durch die Firma gewarteten Maschinen, eindeutige Unzulänglichkeit der von der Firma für die Installationsräume vorgeschriebenen Einrichtungen (insbesondere Stromversorgung, Klimatisierung und Luftfeuchtigkeit), Verwendung von Zubehör oder anderem Material, soweit dieses nicht den von der Firma vorgeschriebenen und dem Kunden auf Verlangen ausgehändigten Spezifikationen entspricht, sowie höhere Gewalt;
- c) die Lieferung von Zubehör oder anderen Einrichtungen; das Spritzen oder Auffrischen der Maschinen und die Lieferung des dazu benötigten Materials; die Ausführung von Spezifikationsänderungen, der Einbau oder das Entfernen von Zusatzeinrichtungen oder Zubehör; die Ersetzung von Bestandteilen, die nicht von der Firma geliefert wurden; die Arbeiten im Zusammenhang mit einem Standortwechsel der Maschine;
- d) Arbeiten an den gewarteten Maschinen, welche für das Personal der Firma infolge Änderungen an den Maschinen oder infolge ihrer mechanischen oder elektrischen Verbindung mit einer nicht von der Firma gewarteten Maschine oder Einrichtung wesentlich erschwert werden;
- e) allfällige weitere, im entsprechenden Nachtrag aufgeführte Leistungen.

Klausel 2

Sind an die von der Firma gewarteten Maschinen nicht von ihr gewartete Maschinen angeschlossen, so ist die Firma verpflichtet, auf Verlangen des Kunden ihre Maschinen zwecks Eingrenzung der Fehler, die sich aus dem Zusammenwirken der Maschinen ergeben können, zu untersuchen. Stellt sich dabei heraus, dass die Störung nachweislich von den von ihr nicht gewarteten Maschinen oder Bestandteilen ver-

ursacht wurde, wird dies dem Kunden mitgeteilt. Die Firma kann in solchen Fällen für ihre Leistungen bei der Fehlereingrenzung eine Vergütung gemäss den jeweiligen gültigen Ansätzen verlangen. Stellt sich nachträglich heraus, dass die Störung trotzdem von den von der Firma gewarteten Maschinen verursacht wurde, ist der Kunde berechtigt, der Firma die ihm durch die Untersuchung entstandenen Kosten zu berechnen, sofern im entsprechenden Nachtrag nicht etwas anderes vereinbart wird.

Vertrag 2

Klausel 1

Die Wartungsleistungen der Firma schliessen nicht ein:

- a) die Wartung von Änderungen und Anbauten, die nicht von der Firma vorgenommen wurden; Arbeiten, die aufgrund von Änderungen und Anbauten für den Firmen-Techniker wesentlich erschwert werden; Arbeiten an elektrischen Installationen ausserhalb der Maschinen; die Wartung von Zubehör und der Ersatz von Teilen, welche nicht in den Räumen des Kunden eingebaut bzw. entfernt werden können.

Dabei gilt als "Änderung" im Sinne dieses Vertrages jeder Eingriff in die physische, mechanische oder elektrische Struktur einer ... Maschine, und zwar unabhängig davon, ob dabei zusätzliche Einrichtungen oder Bestandteile verwendet werden. Unter "Anbauten" sind alle mechanischen, elektrischen oder elektronischen Verbindungen von ... Maschinen mit – nicht von ... (dieser Firma) gelieferten – Erzeugnissen anderer Hersteller zu verstehen.

- b) Instandsetzung oder erhöhter Wartungsaufwand, verursacht durch:
- Änderungen oder Anbauten, die nicht von der Firma vorgenommen wurden,
 - Maschinen, die nicht Eigentum der Firma sind und für die sie keine Wartungs- oder Garantieleistungen unter einem Wartungs- bzw. Kaufvertrag für ... Maschinen zu erbringen hat,
 - Versäumnisse des Kunden in bezug auf die Schaffung und Aufrechterhaltung der für den Betrieb der Maschinen gemäss ... Installationsvorschriften erforderlichen Voraussetzungen (insbesondere Stromversorgung und Klimatisierung),
 - Kapazitätsänderungen (Modelländerungen, Einbau/Entfernen von Zusatzeinrichtungen), die nicht von der Firma vorgenommen wurden. Dieser Ausschluss gilt nur während der ersten drei Monate der Wartungsbereitschaft nach einer solchen Kapazitätsänderung,
 - Benützung der Maschinen für andere als die vorgesehenen Einsatzzwecke,
 - andere Ursachen als normale Nutzung der Maschinen, insbesondere Transport, unsorgfältige Behandlung, unsachgemässe Bedienung oder höhere Gewalt (z.B. Brand, Blitzschlag, Explosion, Wasser).

- c) Austausch von Teilen (es sei denn aufgrund normaler Abnutzung), Instandsetzung und wiederholte Fehlersuche bzw. Überprüfung von Maschinen als Folge der Verwendung von Zubehör;
- d) Lieferung, Einbau und Entfernen von Zubehör, Zusatzgeräten oder anderen Einrichtungen; Spritzen oder Auffrischen der Maschinen und Lieferung des dazu benötigten Materials; Ausführung von Spezifikationsänderungen;
- e) Arbeiten im Zusammenhang mit einem Standortwechsel der Maschinen; Untersuchung geänderter Maschinen im Hinblick auf die Fortführung von Wartungsleistungen durch die Firma;
- f) Justierung oder Austausch von Teilen, die nicht von der Firma für die betroffene Maschine geliefert wurden, sowie die zur Feststellung der Notwendigkeit eines Ersatzes oder einer Justierung aufgewendete Zeit. Dieser Ausschluss gilt nicht für allgemein erhältliche Teile wie Schrauben, Muttern und Glühbirnen.

Vertrag 3

Klausel 1

Im Wartungsvertrag nicht enthaltene Leistungen

Nachfolgende Leistungen sind nicht Gegenstand dieses Vertrages. Die Firma wird diese Leistungen dem Kunden anbieten und gesondert nach Aufwand zu den jeweils gültigen Konditionen in Rechnung stellen:

- a) Lieferungen und/oder Einbau von Zubehör und Betriebsmitteln (z.B. Papierwaren, Farbbänder, magn. Datenträger, Schlüssel, Abdeckhauben, Beschriftungen, Kabel, Schreib- und Druckwalzen u.ä.);
- b) Umbauten, Umsetzung der Anlage, Reinigung von Verschmutzungen, die ihre Ursache ausserhalb der Geräte haben;
- c) Beseitigung von Schäden an den Geräten, die weder von der Firma zu vertreten sind noch ihre Ursache in der Funktionsweise der Geräte selbst haben. Hierunter fallen insbesondere Schäden, die auf höhere Gewalt, Einwirkung Dritter, Bedienungsfehler, die Nichtbeachtung der Installationsvorschriften der Firma und der allgemein üblichen Installations- und Betriebsrichtlinien von EDV-Geräten sowie auf sonstige ausserhalb der Kontrolle der Firma liegende Einflüsse zurückzuführen sind;
- d) Behebung von Störungen, die auf der Verwendung von weder durch die Firma gelieferten noch empfohlenen Betriebsmitteln beruhen;
- e) Bereitschaftsdienst sowie Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten auf Wunsch des Kunden ausserhalb der regelmässigen Arbeitszeit der Firma.

Klausel 2

Werden an die in den Vertrag einbezogenen Anlagen Geräte anderer Hersteller angeschlossen, so ist die Firma im Falle von Störungen bereit, sich im Rahmen des

Zumutbaren an der Einkreisung des Fehlers zu beteiligen. Die Firma kann für diese Leistungen ... eine Vergütung berechnen, es sei denn, die Störung ist durch ein von der Firma zu wartendes Gerät verursacht.

Klausel 3

Nach mehr als fünfjährigem Betrieb der Anlage kann eine für den Kunden kostenpflichtige Generalüberholung notwendig werden. Zeitpunkt und Umfang der Revision werden von der Firma mit dem Kunden abgesprochen.

Vertrag 4

Der Kunde vergütet zu den bei der Firma üblichen Sätzen:

- ...
- die Beseitigung von Störungen, die durch von der Firma nicht zu vertretende äussere Einwirkungen oder unsachgemässe Behandlung entstehen,
- ...
- vom Kunden gewünschte Änderungen der Geräte sowie Änderungen des Aufstellungsortes,
- ...

ANHANG IV

Kundenpflichten

Vertrag 1

Klausel 1

Für die ... genannten Leistungen der Firma bezahlt der Kunde einen monatlichen Pauschalbetrag (Mindestwartungsvergütung). Dieser Betrag gilt für die im Nachtrag festgelegte Wartungsbereitschaft.

Wünscht der Kunde eine verlängerte Dauer der Wartungsbereitschaft, so werden der gewünschte Umfang und die entsprechenden Bedingungen im Nachtrag festgelegt.

Klausel 2

Die Wartungsvergütung (Mindestwartungsvergütung und allfällige Zuschläge für zusätzliche Wartungsleistungen) wird in den entsprechenden Nachträgen festgelegt. Sie schliesst die Warenumsatzsteuer ein. Weitere indirekte Steuern einschliesslich einer allfälligen Erhöhung der Warenumsatzsteuer sowie Gebühren, welche in der Schweiz auf den Abschluss oder den Vollzug dieses Rahmenvertrages und seiner Nachträge erhoben werden könnten, gehen zu Lasten des Kunden. Diese sind zu belegen.

Die Wartungsvergütung ist von dem Tag an zu entrichten, der im Nachtrag als Beginn der Wartungsbereitschaft bezeichnet wird.

Klausel 3

Sofern in einem Nachtrag nicht etwas anderes vereinbart wird, kann eine angemessene Änderung der Wartungsvergütung oder der Bedingungen unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist mit Begründung angekündigt werden.

Eine angekündigte Erhöhung tritt jedoch frühestens zu Beginn des der Ankündigung folgenden Rechnungsjahres des Kunden in Kraft.

Bei der Erhöhung kann der Kunde innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Erhalt der Ankündigung auf die Wartung der betreffenden Maschine verzichten oder vom ganzen Nachtrag zurücktreten.

Die geltenden Ansätze und Bedingungen für Leistungen ausserhalb der vereinbarten Wartungsbereitschaft sind dem Kunden jeweils schriftlich mitzuteilen, andernfalls gelangen früher mitgeteilte, niedrigere Ansätze zur Anwendung.

Klausel 4

Bezüglich der Wartungsvergütung, der Zahlungsbedingungen und der Wartungsleistungen ... sichert die Firma dem Kunden zu, ihm unter vergleichbaren Umständen verhältnismässig mindestens jene Bedingungen zu gewähren, die im Rahmen eines Wartungsvertrages dem meistbegünstigten Kunden vertraglich eingeräumt werden.

Klausel 5

Werden die Maschinen an einem Ort installiert, der unverhältnismässig weit vom Serviceplatz eines Wartungstechnikers entfernt liegt, ist die Firma berechtigt, die dadurch entstehenden effektiven zusätzlichen Reisespesen und die Reisezeit in Rechnung zu stellen. Die Mehrkosten sind zu belegen. Maschinen, die unter diese Regelung fallen, werden im Nachtrag entsprechend bezeichnet.

Klausel 6

Der Kunde verpflichtet sich, die Maschinen gemäss den ihm von der Firma abgegebenen Bedienungs-Anleitungen zu benutzen.

Klausel 7

Der Kunde gewährt der Firma zur Durchführung von Wartungsarbeiten im Rahmen seiner Vorschriften freien Zutritt zu den Maschinen.

Klausel 8

Soweit zur Erfüllung der Wartungsarbeiten erforderlich, stellt der Kunde der Firma auf Verlangen den notwendigen Raum zum Aufbewahren von Ersatzteilen und Werkzeugen zur Verfügung. Der Kunde haftet für Schäden an diesem Material oder Verlust von Material nur, soweit Personen, für die er verantwortlich ist, ein schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden kann.

Vertrag 2

Klausel 1

- a) Für Benutzungsplan-Maschinen, deren Wartungsgebühr vom Umfang der Benutzung abhängt, wird neben der monatlichen Wartungs-Grundgebühr ein benutzungsabhängiger Zuschlag in Rechnung gestellt. Dieser ergibt sich aus dem von einem ... Zähler erfassten Umfang der Nutzung im betreffenden Kalendermonat und dem jeweils anwendbaren Ansatz pro Masseinheit. Der Kunde liest die installierten ... Zähler am letzten Arbeitstag jedes Monats ab und gibt deren Stand der Firma umgehend bekannt.

- b) Bei allen übrigen Maschinen setzt sich die monatliche Wartungsgebühr aus der jeweiligen Wartungs-Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen für eine erweiterte Wartungsbereitschaft zusammen.
- c) Die monatliche Wartungs-Grundgebühr und die für die Bestimmung des Zuschlages bei erweiterter Wartungsbereitschaft massgeblichen Angaben (Zugehörigkeit zu einer bestimmten Maschinengruppe, gewählte Dauer der erweiterten Wartungsbereitschaft, prozentualer Zuschlag zur Wartungs-Grundgebühr) sowie die daraus resultierende gesamte monatliche Wartungsgebühr sind in den entsprechenden Nachträgen aufgeführt.
- d) Die Berechnung der monatlichen Wartungsgebühr erfolgt ab Beginndatum der Wartungsbereitschaft.
- e) Die monatliche Wartungs-Grundgebühr, die prozentualen Zuschläge, die Dauer der Wartungsbereitschaftsperioden sowie die Zuordnung zu Maschinengruppen können von der Firma schriftlich unter Beachtung einer dreimonatigen Mitteilungsfrist geändert werden, wobei der Kunde die Möglichkeit hat, auf die Wartung der betroffenen Maschinen ... zu verzichten.

Klausel 2

- a) Die Warenumsatzsteuer ist in den monatlichen Wartungsgebühren inbegriffen. Weitere indirekte Steuern einschliesslich einer allfälligen Erhöhung der Warenumsatzsteuer sowie die Gebühren, welche in der Schweiz auf den Abschluss oder den Vollzug dieses Vertrages und seiner Nachträge erhoben werden könnten, gehen zu Lasten des Kunden.
- b) Sind Maschinen weit von einem Ort entfernt installiert, an dem ein entsprechend ausgebildeter ... Wartungstechniker stationiert ist, behält sich die Firma das Recht vor, zusätzliche Reisezeit und Reisespesen des Wartungspersonals in Rechnung zu stellen. Maschinen, die unter diese Regelung fallen, werden im Nachtrag entsprechend bezeichnet.
- c) Ausserhalb der vereinbarten Wartungsbereitschaftsperioden kann der Kunde die Behebung von Störungen – soweit nicht unter ... Anhang III: Vertrag 2 ausgeschlossen – verlangen. Die Firma stellt die erbrachten Leistungen zu den jeweils geltenden Ansätzen in Rechnung, wobei jedoch der Ersatz defekter Bestandteile in solchen Fällen nicht gesondert berechnet wird.
- d) Wenn von ... Technikern (anderer Firmen) Arbeiten an einer Maschine vorgenommen und in der Folge zusätzliche Wartungsleistungen seitens der Firma erforderlich werden, so erfolgen diese zu den jeweils geltenden Ansätzen und Bedingungen. Sollte die Firma wiederholt solche Arbeiten erbringen müssen, so kann sie schriftlich auf die Weiterführung der vertraglichen Wartung der betreffenden Maschine verzichten.
- e) Zusätzliche Wartungsleistungen und Ersatzteile im Zusammenhang mit dem Einbau von technischen Verbesserungen werden zu den jeweils geltenden Ansätzen und Bedingungen in Rechnung gestellt, sofern dieser zusätzliche Aufwand darauf

zurückzuführen ist, dass Modelländerungen sowie der Einbau bzw. das Entfernen von Zusatzeinrichtungen nicht von der Firma durchgeführt wurden.

- f) Werden vom Kunden spezielle Massnahmen zum Schutz vertraulicher Daten verlangt, insbesondere im Rahmen des Ersatzes von Maschinenteilen, wird die Firma nach Möglichkeit und gegen Rechnungstellung entsprechende Vorkehrungen treffen.
- g) Teile, die nicht von der Firma geliefert wurden, können auf Verlangen des Kunden gegen Berechnung ersetzt werden, sofern sie nicht zu einer Änderung im Sinne dieses Vertrages gehören und sofern sie durch entsprechende (von dieser Firma gelieferte) ... Teile direkt ersetzt werden können.
- h) Enthält eine Maschine nach Auffassung der Firma ein nicht von ihr für diese Maschine geliefertes Teil, das sich auf die Wartbarkeit der Maschine in besonderem Masse auswirkt, so kann die Firma auf die Weiterführung der Wartung dieser Maschine unter Beachtung einer Mitteilungsfrist von einem Monat schriftlich verzichten, sofern der Kunde dieses Teil nicht durch ein von der Firma für die Maschine geliefertes, direkt austauschbares Teil ersetzen lässt.

Klausel 3

Als Voraussetzung zur Erbringung der Wartungsleistungen soll dem Personal der Firma unbeschränkter Zugang zu den Maschinen gewährt werden. Überdies ist der Kunde für die Bereitstellung von Ausweichlösungen sowie für Sicherheitsmassnahmen zum Schutz gespeicherter Daten vor Zerstörung oder Missbrauch (insbesondere Ersatzkopien) verantwortlich.

Vertrag 3

Klausel 1

Die ... genannten Leistungen des technischen Kundendienstes der Firma werden durch die im Wartungsschein angegebene Wartungspauschale abgegolten.

Klausel 2

Die nicht durch die Wartungspauschale abgegoltenen Leistungen werden zu den jeweils gültigen Listenpreisen der Firma berechnet.

Klausel 3

...

Die angegebenen Preise verstehen sich inklusive Steuer in jeweils gesetzlich festgelegter Höhe.

Klausel 4

Die vereinbarte Wartungspauschale kann von der Firma mit einer Ankündigungsfrist von 3 Monaten zum Ende eines Monats geändert werden, wenn diese Änderungen wegen erhöhter Lohn-, Material- oder sonstiger Kosten der Firma allgemein für alle vergleichbaren Geräte durchgeführt werden.

Entsprechendes gilt für neue oder erhöhte Steuern.

Klausel 5

Änderungen an der Anlage, den Betriebsbedingungen und des Aufstellungsortes sind dem technischen Kundendienst der Firma rechtzeitig mitzuteilen.

Klausel 6

Zum Zwecke der Wartungs- und Entstörungsarbeiten und der damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Tätigkeiten verschafft der Auftraggeber dem Mitarbeiter der Firma ohne Wartezeit ungehinderten Zugang zu den Geräten. Die vorbeugende Wartung wird nach rechtzeitiger Absprache mit dem Kunden durchgeführt.

Klausel 7

Gelten für den Betrieb der Anlagen am Aufstellungsort der Geräte einschliesslich der stationären Verbindungen besondere Sicherheitsauflagen oder ähnliches, so wird der Kunde rechtzeitig und ohne Mehraufwand für die Firma die Voraussetzungen zur ungehinderten Vertragserfüllung schaffen.

Klausel 8

In kurzen Zeitabständen erforderliche Pflegearbeiten, ohne die eine einwandfreie Funktion der Anlage nicht gewährleistet ist, werden nach Angabe der Firma durch den Bediener vorgenommen. Dafür evtl. notwendiges Material ist durch den Kunden bereitzustellen.

Vertrag 4

Klausel 1

Der Wartungspreis ergibt sich aus den Gerätescheinen.

Klausel 2

Der Wartungspreis versteht sich einschliesslich 5,6% WUST. Bei einer allfälligen Änderung der staatlichen Verkaufsabgaben wird der Wartungspreis entsprechend angepasst.

Klausel 3

Die in den Gerätescheinen genannten Wartungspreise beruhen auf der bei ihrer Festlegung durch die Firma bestehenden Kostenlage. Bei einer Änderung dieser Kostenlage kann mit einer Ankündigungsfrist von 3 Monaten eine entsprechende Änderung der in den Gerätescheinen genannten Wartungspreise verlangt werden. In den ersten 3 Jahren nach Vertragsabschluss können die Wartungspreise jedoch höchstens um einen Prozentsatz erhöht werden, der dem Prozentsatz der Erhöhung des vom Arbeitgeberverband Schweiz. Maschinen- und Metall-Industrieller herausgegebenen Lohnindexes (ASM-Index), bezogen auf die im Geräteschein genannte Indexbasis, entspricht. Eine Anpassung des Wartungspreises kann frühestens dann erfolgen, wenn die Indexabweichung mindestens 5 Punkte beträgt.

Klausel 4

Der Kunde vergütet zu den bei der Firma üblichen Sätzen:

- Wartungsleistungen, die auf Wunsch des Kunden ausserhalb der normalen Wartungszeit erbracht werden,
- ...
- Reisekosten und Wegezeiten für die Wartung von Geräten, die örtlich getrennt von der Hauptanlage aufgestellt sind,
- ...
- ...

Klausel 5

Wo laut Bedienungsanleitung Reinigungs- und andere Unterhaltsarbeiten dem Operateur zufallen, werden sie durch Kundenpersonal ausgeführt.

Klausel 6

Der Kunde erklärt sich bereit, dem Wartungspersonal angemessen eingerichtete Räume für die Lagerung von Ersatzteilen/Werkzeugen/Instrumenten sowie als Arbeits- und Aufenthaltsort unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, sofern der Wartungsdienst dies erfordert.

Klausel 7

Der Kunde lässt Änderungen der Geräte, das Beseitigen von Störungen, eine Erweiterung der Gerätekonfiguration und die Lieferung der hierzu notwendigen Geräte nur durch die Firma oder mit deren Zustimmung ausführen und stellt die erforderlichen Geräte und Programme für die benötigte Arbeitszeit zur Verfügung.

Klausel 8

Der Kunde erklärt sich bereit, das zur Anlage gehörende Logbuch zu führen und der Firma bis zum 5. des Folgemonats die monatliche Benutzungszeit zu melden.

ANHANG V

Zahlungsmodalitäten

Vertrag 1

Die Firma wird ihre Leistungen, sofern in einem Nachtrag nicht ausdrücklich anders vereinbart, vierteljährlich (Kalenderjahr) jeweils zu Beginn des zweiten Quartals in Rechnung stellen. Der Kunde prüft und bezahlt alle Rechnungen im Rahmen des bei ihm üblichen Geschäftsganges. Unstimmigkeiten sind sofort zu melden.

Für einen angebrochenen Monat zahlt der Kunde je Kalendertag $1/30$ der monatlichen Wartungsvergütung.

Vertrag 2

Die monatliche Wartungsgebühr wird im voraus in Rechnung gestellt. Benutzungsabhängige Zuschläge werden hingegen im Folgemonat und zusätzliche Leistungen nach deren Erbringung fakturiert. Angebrochene Monate werden auf der Basis von 30 Tagen anteilig berechnet. Alle Rechnungen sind netto innert 30 Tagen ab Fakturadatum zahlbar.

Vertrag 3

Die Wartungspauschale wird zu Beginn des Zeitraums fällig, für den sie berechnet wird. Alle anderen Beträge sind fällig nach Rechnungserhalt. Sämtliche Zahlungen sind netto ohne jeden Abzug zu leisten. Beanstandungen von Rechnungen sind binnen 14 Tagen ab Rechnungsdatum dem zuständigen technischen Kundendienst der Firma gegenüber schriftlich zu erheben.

Vertrag 4

Der Wartungspreis ist ab Betriebsbereitschaft der Geräte für den Rest des laufenden Kalendervierteljahres, dann jeweils kalendervierteljährlich im voraus zu zahlen. Alle anderen Vergütungen sind nach Erhalt der Rechnung fällig.

Vertrag 5

Die Rechnungsstellung für das feste Wartungsentgelt erfolgt vierteljährlich im voraus, diejenige für alle übrigen Leistungen monatlich. Die Rechnungen sind netto zahlbar innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung.

Vertrag 6

Klausel 1

Das monatliche Wartungsentgelt versteht sich rein netto. Es ist am 1. eines jeden Monats im voraus fällig, erstmals bei Erstellung der technischen Betriebsbereitschaft jeder in den Nachträgen zu diesem Vertrag aufgeführten Maschine.

Klausel 2

Die Verrechnung von Gegenforderungen mit Forderungen des Lieferanten aus diesem Vertrag ist ausgeschlossen.

Klausel 3

Alle beim Kunden aufbewahrten Prüfgeräte, Werkzeuge und Ersatzteile, welche zur Durchführung der Wartung notwendig sind, bleiben ausschliesslich Eigentum des Lieferanten. Die Ausübung eines Retentionsrechts auf den ... (erwähnten) Gegenständen ist ausgeschlossen.

Vertrag 7

Der Vertragspreis der ganzen Kalenderjahre wird jeweils im Januar fakturiert.

Die Zahlungsfrist beläuft sich auf 30 Tage rein netto.

ANHANG VI

Erfüllungsort

Vertrag 1

Erfüllungsort ist der im Nachtrag angegebene Standort der zu wartenden Maschinen.

Vertrag 2

Klausel 1

Erfüllungsort ist der in den Wartungsscheinen angegebene Aufstellungsort der Anlagen.

Klausel 2

Bei Umsetzungen von Anlagen wird die Firma die Betreuung fortsetzen, sofern am neuen Aufstellungsort ein ausgebildeter ... Mitarbeiter zur Verfügung steht. Andernfalls kann die Firma den Vertrag ohne Frist für beendet erklären. Die Umsetzung ist spätestens 2 Monate vorher schriftlich dem technischen Kundendienst mitzuteilen.

Beeinflusst die Umsetzung den Wartungs- und Instandsetzungsaufwand, ist die Firma berechtigt, eine neue, den geänderten Verhältnissen entsprechende angemessene Wartungspauschale festzulegen.

Vertrag 3

Erfüllungsort des Kunden für die Zahlung ist ... (der Hauptsitz der schweizerischen Tochterfirma des Herstellers), für die Wartung der Installationsort.

ANHANG VII

Haftung

Vertrag 1

Klausel 1

Für Schäden, die sich aus dem vorliegenden Vertragsverhältnis ergeben, übernimmt die Firma unter Vorbehalt von Klausel 2 und 3 bei Vorliegen eines Verschuldens eine Haftung bis zum Betrag von Fr. 100'000.— pro Ereignis. Gutschriften gemäss ... Anhang II: Vertrag 1, Klausel 11b werden angerechnet. Falls 12 monatliche Wartungsvergütungen der Maschinen, welche den Schaden direkt verursacht haben bzw. davon direkt betroffen wurden, diesen Betrag überschreiten, erhöht sich die Haftungsgrenze entsprechend.

Klausel 2

Für Personen- und Sachschäden, die sich aus dem vorliegenden Vertragsverhältnis ergeben, haftet die Firma, sofern sie nicht beweist, dass sie kein Verschulden trifft. Die Schadenersatzsumme ist pro Ereignis auf eine Million Franken beschränkt und stellt den einzigen finanziellen Anspruch des Kunden für Personen- und Sachschäden dar. Sofern im entsprechenden Nachtrag nicht anders geregelt, ist die Firma verpflichtet, diesen Anspruch durch eine Versicherung abzudecken.

Klausel 3

Die Firma haftet für die angemessenen Personalkosten der Wiederbeschaffung von Daten bis zu Fr. 100'000.—, wenn ihr deren schuldhafte Vernichtung oder Veränderung nachgewiesen werden kann. Voraussetzung ist zudem, dass der Kunde für diese Daten über Ersatzkopien bzw. geeignete Verfahren verfügt, welche die Wiederbeschaffung mit vertretbarem Aufwand ermöglichen.

Klausel 4

Die Firma schliesst jede Haftung für Schäden aus der Nichterfüllung von vertraglichen Verpflichtungen des Kunden sowie für indirekte oder Folgeschäden, wie entgangener Gewinn oder Ansprüche Dritter, ausdrücklich aus.

Klausel 5

Die Frist für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches unter diesem Rahmenvertrag verjährt zwei Jahre nach Feststellung des Schadens durch den Kunden.

Klausel 6

Die Firma verpflichtet sich zur Verschwiegenheit hinsichtlich aller Tatsachen aus dem Bereich des Kunden, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Vorbehalten bleiben zusätzliche Bestimmungen über die militärische Geheimhaltung, das Arztgeheimnis, das Postgeheimnis und ähnliche, welche im jeweiligen Nachtrag besonders geregelt werden können.

Publikationen sind mit schriftlicher Zustimmung des Kunden gestattet.

Vertrag 2

Klausel 1

Für Schäden, die sich aus dem vorliegenden Vertragsverhältnis ergeben, übernimmt die Firma bei Vorliegen eines Verschuldens eine Haftung bis zum Betrag von Fr. 100'000.— pro Ereignis. Falls 12 monatliche Wartungs-Grundgebühren der Maschinen, die den Schaden direkt verursacht haben, diesen Betrag überschreiten, erhöht sich die Haftungsgrenze entsprechend. Von der Begrenzung ausgenommen ist die Haftung für schuldhaft herbeigeführte Personenschäden. Die Firma schliesst andererseits jede Haftung für Schäden aus der Nichterfüllung von vertraglichen Verpflichtungen des Kunden sowie für indirekte oder Folgeschäden, wie entgangener Gewinn oder Ansprüche Dritter, ausdrücklich aus.

Klausel 2

- ... (es geht um Leistungen der Wartungsfirma)
- ... Überdies ist der Kunde für die Bereitstellung von Auswechlösungen sowie für Sicherheitsmassnahmen zum Schutz gespeicherter Daten vor Zerstörung oder Missbrauch (insbesondere Ersatzkopien) verantwortlich.

Klausel 3

Ersatzansprüche aus diesem Vertrag sind innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Entstehung geltend zu machen.

Vertrag 3

Klausel 1

Schäden, die vom Firmenpersonal bei der Vornahme der Wartungs- oder Instandsetzungsarbeiten an den Geräten schuldhaft verursacht werden, werden von der Firma unter Ausschluss weiter gehender Ansprüche, insbesondere Folgeschäden, beseitigt. Für Verlust von aufgezeichneten Daten leistet die Firma keine Gewähr.

Der Gewährleistungsanspruch entfällt, wenn der Kunde Änderungen oder Erweiterungen an den Geräten ohne Zustimmung der Firma unternimmt oder Eingriffe in die Geräte von nicht durch die Firma autorisiertem Personal vorgenommen werden.

Klausel 2

Die Firma haftet für unmittelbaren Personen- und Sachschaden – ausgenommen aufgezeichnete Daten –, der dem Kunden durch grobe Fahrlässigkeit der Firma entsteht. Unmittelbarer Schaden ist derjenige Aufwand, der zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes erforderlich ist. Die Haftung für Verzugsschäden sowie jede weitere Haftung für Schäden, Fehler oder sonstige Unterstützung und Beratung durch die Firma ist – soweit gesetzlich zulässig – ausgeschlossen.

Vertrag 4

Klausel 1

Die Firma haftet für einen von ihr zu vertretenden Personenschaden und setzt bei einer von ihr zu vertretenden Beschädigung der Geräte diese wieder instand. Bei einem sonstigen von ihr zu vertretenden Sachschaden ersetzt die Firma den Aufwand für die Wiederherstellung der Sache bis zum Betrag von Fr. 1 Million.

Bei Verlust oder Beschädigung von Datenträgermaterial umfasst die Ersatzpflicht nicht den Aufwand für die Wiederbeschaffung verlorener Daten.

Klausel 2

Andere als die in diesem Vertrag ausdrücklich genannten Schadenersatzansprüche des Kunden sind ausgeschlossen.

Vertrag 5

Die Firma verpflichtet sich zur sorgfältigen Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben.

Die Firma kann nicht haftbar gemacht werden für irgendwelche Schäden, Folgeschäden oder Gewinnverluste in Verbindung mit der Ausstattung, dem Funktionieren, dem Gebrauch irgendeines Teiles oder der Gesamtheit der Maschinen und Programme, der Ausrüstung oder den festgelegten Dienstleistungen.

ANHANG VIII

Partei-, Gläubiger- und Schuldnerwechsel

Vertrag 1

Keine Sonderregelung.

Vertrag 2

Ohne schriftliche Zustimmung der Firma dürfen Rechte aus diesem Vertrag nicht auf andere übertragen werden. Die Firma kann diesen Vertrag mit Rechten und Pflichten auf andere übertragen, sofern die Firma die ordnungsgemäße Erfüllung aller Vertragspflichten gegenüber dem Kunden gewährleistet.

Vertrag 3

Jede Partei verpflichtet sich, ihre Rechte und Pflichten nicht ohne schriftliches Einverständnis der anderen Partei auf Dritte zu übertragen.

Vertrag 4

Klausel 1

Der Lieferant kann jederzeit die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag ganz oder teilweise auf andere übertragen.

Klausel 2

Das unentgeltliche oder entgeltliche Abtreten aller dem Kunden aus diesem Vertrag zustehenden Rechte an Dritte bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung durch den Lieferanten.

Vertrag 5

Die Firma kann die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag ganz oder teilweise auf einen Dritten übertragen, es sei denn, dass der Kunde innerhalb von 4 Wochen nach Erhalt einer entsprechenden Mitteilung widerspricht.

ANHANG IX

Beendigung des Vertrages

Vertrag 1

Klausel 1

Dieser Rahmenvertrag tritt nach beidseitiger Unterzeichnung auf unbestimmte Zeit in Kraft. Er kann jederzeit von jeder Partei durch eingeschriebenen Brief auf das Ende des folgenden Monats gekündigt werden. Der Rahmenvertrag bleibt indessen für die geltenden Nachträge auch über die Kündigung hinaus in Kraft.

Klausel 2

Sofern im entsprechenden Nachtrag nicht anders geregelt, kann ein Nachtrag oder die Wartung einer einzelnen Maschine durch den Kunden unter Einhaltung einer einmonatigen und durch die Firma unter Einhaltung einer zwölfmonatigen Frist schriftlich gekündigt werden. Die Verpflichtung zur Fortsetzung der Wartung bleibt aufgrund eines allfälligen Kaufvertrages vorbehalten.

Klausel 3

Kann die Firma aus nicht von ihr zu vertretenden Gründen die Betriebstüchtigkeit einer Maschine nicht wieder herstellen, so können die Vertragsparteien durch eingeschriebenen Brief den entsprechenden Nachtrag sofort auflösen.

Klausel 4

Bei schwerer oder trotz fruchtloser Mahnung wiederholter Verletzung dieses Rahmenvertrages bzw. eines Nachtrages kann die geschädigte Partei durch eingeschriebenen Brief den Rahmenvertrag oder den entsprechenden Nachtrag jederzeit auflösen.

Vertrag 2

Klausel 1

Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. Er kann durch den Kunden unter Beachtung einer einmonatigen und durch die Firma unter Beachtung einer zwölfmonatigen Mitteilungsfrist schriftlich gekündigt werden. Vorbehalten bleibt das Recht auf sofortige Auflösung bei Vorliegen wichtiger Gründe.

Klausel 2

Der Kunde kann unter Beachtung einer einmonatigen Mitteilungsfrist schriftlich auf die Wartung einer einzelnen Maschine verzichten. Die Firma kann die Wartung einer einzelnen Maschine unter Beachtung einer dreimonatigen Frist durch schriftliche Mitteilung beenden, frühestens jedoch auf das Ende des ersten Jahres seit Beginn der Wartungsbereitschaft für die betreffende Maschine.

Klausel 3

— ...

— ...

— Enthält eine Maschine nach Auffassung der Firma ein nicht von ihr für diese Maschine geliefertes Teil, das sich auf die Wartbarkeit der Maschine in besonderem Masse auswirkt, kann die Firma auf die Weiterführung der Wartung dieser Maschine verzichten, sofern der Kunde dieses Teil nicht durch ein von der Firma für die Maschine geliefertes, direkt austauschbares Teil ersetzen lässt.

Vertrag 3

Klausel 1

Der Vertrag beginnt hinsichtlich der einzelnen Geräte zu den im Wartungsschein festgelegten Terminen und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er dauert bis zum Ende des Kalenderjahres und verlängert sich jeweils um ein volles Jahr, wenn er nicht fristgerecht gekündigt wird.

Klausel 2

Die Kündigung muss durch einen eingeschriebenen Brief erfolgen mit einer Frist von 3 Monaten zum Jahresende.

Klausel 3

Bei Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen durch einen der beiden Vertragspartner kann der andere Vertragspartner mittels eingeschriebenen Briefs binnen angemessener Frist Vertragserfüllung verlangen. Bleibt die Aufforderung erfolglos, so kann der Vertrag ohne Einhaltung einer weiteren Frist nach Ablauf der Nachfrist gekündigt werden, vorausgesetzt, dass dies in dem vorbezeichneten Schreiben angedroht ist.

Klausel 4

Nach Kündigung des Vertrages ist die Firma berechtigt, alle leihweise überlassenen Ersatzaggregate in der Anlage gegen die ursprünglichen bzw. gleichwertigen Aggregate zurückzutauschen.

Klausel 5

Bei Umsetzungen von Anlagen wird die Firma die Betreuung fortsetzen, sofern am neuen Aufstellungsort ein ausgebildeter ... Mitarbeiter zur Verfügung steht. Andernfalls kann die Firma den Vertrag ohne Frist für beendet erklären (Fortsetzung in Anhang VI: Vertrag 2, Klausel 2).

Vertrag 4

Der Vertrag läuft auf unbestimmte Zeit und kann für jedes Gerät schriftlich mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden, frühestens jedoch zum Ende der in dem betreffenden Geräteschein genannten Mindestvertragsdauer.

Vertrag 5

- ...
- Der Vertrag kann von jeder Partei für einzelne oder alle Maschinen erstmals auf den Zeitpunkt 12 Monate nach Wartungsbeginn oder auf das Ende eines jeden darauffolgenden Kalendermonats schriftlich unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist gekündigt werden; vorbehalten bleiben besondere Abreden.

Vertrag 6

Klausel 1

Der Vertrag tritt nach der Annahme durch beide Parteien in Kraft. Er hat eine Laufzeit von einem Jahr, gerechnet vom Tage der Erstellung der technischen Betriebsbereitschaft an. Wird der Vertrag nicht spätestens drei Monate vor Ablauf gekündigt, so verlängert er sich auf unbestimmte Zeit und kann von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten auf Ende eines jeden Kalendermonats gekündigt werden.

Klausel 2

Wird eine der in den Nachträgen zu diesem Vertrag aufgeführten Maschinen durch nachträglich hinzugekaufte Ergänzungsmaschinen, Randeinheiten oder Zusatzeinrichtungen erweitert und dafür ein entsprechender Nachtrag zu diesem Vertrag abgeschlossen, so beträgt die Vertragsdauer für die hinzugekauften Maschinen oder Zusatzeinrichtungen ebenfalls ein Jahr gemäss den Bestimmungen in Klausel 1.

Klausel 3

Die Kündigung hat durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen. Für die Kündigungsfrist ist das Eingangsdatum bei der jeweiligen Partei massgebend.

Klausel 4

Bei Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen durch eine der beiden Parteien kann die andere Partei mittels eingeschriebenen Briefs binnen angemessener Nachfrist Vertragserfüllung verlangen. Bleibt die Aufforderung erfolglos, so kann der Vertrag ohne Einhaltung einer weiteren Frist nach Ablauf der Nachfrist mit sofortiger Wirkung gekündigt werden.

Hat der Kunde das monatliche Wartungsentgelt nicht bei Fälligkeit bezahlt, so beträgt die Nachfrist 30 Tage. Hat der Kunde die Maschinen ohne vorherige Zustimmung des Lieferanten umplaziert, so kann der Lieferant den Vertrag ohne Nachfrist mit sofortiger Wirkung kündigen.

Klausel 5

Bei Kündigung durch den Lieferanten gemäss Klausel 4 hat der Kunde alle fälligen Zahlungen zu entrichten, die gemäss diesem Vertrag und den Nachträgen zu diesem Vertrag ausstehen.

ANHANG X

Anwendbares Recht

Vertrag 1

Es gelten die Bestimmungen des vorliegenden Rahmenvertrages, dessen Anhänge und Nachträge und subsidiär das schweizerische Recht.

ANHANG XI

Versicherungen

A. Versicherung der Datenverarbeitungsanlage (Auszug)

Art. 1 – Gegenstand der Versicherung

Versichert sind die in der Police und in allfälligen Nachträgen aufgeführten Sachen, solange sie am Versicherungsort betriebsfertig aufgestellt sind. Als betriebsfertig gelten sie, wenn sie nach beendigter Erprobung zur Arbeitsaufnahme bereit sind und, sofern vorgesehen, die formelle Übernahme erfolgt ist.

Waren diese Sachen einmal betriebsfertig, so bleiben sie am Versicherungsort auch während der Dauer einer Reinigung, Revision, Überholung, Instandsetzung, Lagerung oder eines Transportes versichert.

Wird eine versicherte Sache durch eine andere ersetzt, so geht der Versicherungsschutz auf die neue Sache über. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die Änderung der Gesellschaft sofort mitzuteilen.

Art. 2 – Versicherte Gefahren

Versichert sind Schäden an und Verluste von versicherten Sachen, die unvorhergesehen und plötzlich eintreten, insbesondere als Folge von

- Bedienungsfehlern, Ungeschicklichkeit, Fahrlässigkeit;
- vorsätzlich schädigenden Handlungen betriebsfremder oder betriebseigener Personen, vorbehaltlich Art. 3 Ziff. 1c;
- Einbruch, Diebstahl, Raub und damit verbundenen Vorkommnissen;
- Überspannung, Induktionen;
- Brand, Blitzschlag und Explosionen aller Art (einschliesslich der beim Löschen und Retten entstehenden Schäden);
- Versengung und Verschmörung, Rauch, Russ;
- Elementarereignissen: Hochwasser, Überschwemmung, Sturm, Hagel, Lawine, Schneedruck, Felssturz, Steinschlag, Erdbeben oder Erdsenkung;
- Wasser- und Feuchtigkeitseinwirkungen, Korrosion, Oxydation;
- Versagen von Mess-, Regel- oder Sicherheitseinrichtungen;
- Luftverschmutzung, Fremdkörpern;
- Betriebsunfällen, äusseren Einwirkungen;
- Bodensenkungen, Senkung von Gebäudeteilen.

Art. 3 – Einschränkung des Versicherungsumfanges

1. Nicht versichert sind Schäden

- a) als unmittelbare Folge dauernder, voraussehbarer Einflüsse mechanischer,

thermischer, chemischer oder elektrischer Art, daraus entstehender Korrosion, Oxydation, Ansatz von Schlamm, Kesselstein oder sonstigen Ablagerungen;

- b) für die Verkäufer, Vermieter, die Reparatur- oder die Wartungsfirma gesetzlich oder vertraglich haften;
 - c) infolge von Fehlern und Mängeln, die dem Versicherungsnehmer oder der verantwortlichen Betriebsleitung bekannt waren oder bekannt sein mussten, sowie infolge von vorsätzlichen schädigenden Handlungen des Versicherungsnehmers oder von der Betriebsleitung angehörenden Personen;
 - d) die eintreten, wenn eine versicherte Sache nach einem Schadenereignis weiterverwendet wird, bevor sie endgültig wiederhergestellt und der ordnungsgemässe Betrieb gewährleistet ist;
 - e) infolge Überbordens oder Auslaufens gestauter Gewässer.
2. Schäden an der EDV-Anlage, soweit sie im Ausfall einzelner Bauelemente, Baugruppen und Bauteile bestehen, sind von der Versicherung ausgeschlossen, es sei denn, sie seien nachweislich durch ein von aussen auf die Anlage einwirkendes Ereignis oder durch einen in der Anlage entstehenden Brand verursacht.
 3. Bei kriegerischen Ereignissen, Neutralitätsverletzungen, Unruhen aller Art und den dagegen ergriffenen Massnahmen sowie bei Erdbeben, vulkanischen Eruptionen oder Veränderungen der Atomkernstruktur haftet die Gesellschaft nur, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass der Schaden mit diesen Ereignissen in keinem Zusammenhang steht.

B. Versicherung der Datenträger

1. Gegenstand der Versicherung

Die Versicherung deckt die maschinell lesbaren Datenträger samt Daten in allen in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein für die Aufbewahrung bestimmten Gebäuden. Bei Transporten innerhalb des genannten Geltungsbereichs gilt diese Deckung bis zu 10% der Versicherungssumme.

2. Versicherte Gefahren

Versichert sind Datenverluste, die als Folge eines gedeckten Sachschadens an der Datenverarbeitungsanlage oder an den Datenträgern entstehen. Dieser Sachschaden muss durch ein nach den allgemeinen Bedingungen gedecktes Schadenereignis verursacht worden sein.

Schäden, die aus Ursachen entstehen, für welche die Verkäufer-, Wartungs-, Reparatur- oder Vermieterfirma gesetzlich oder vertraglich haftet, sind mitgedeckt.

Nicht versicherbar sind Datenverluste, die durch natürliche Abnutzung der Datenträger, durch falsches Programmieren, Lochen, Einlegen, Beschriften, durch ver-

sehentliches Löschen oder Wegwerfen oder durch fremde Magnetfelder entstehen, sowie alle Folgeschäden aus Datenverlusten.

3. Versicherungssumme, Ersatzleistung, Selbstbehalt

Die Versicherungssumme wird auf erstes Risiko festgesetzt.

Die Gesellschaft vergütet im Rahmen der Versicherungssumme die innerhalb eines Jahres nach Eintritt des Schadenereignisses aufgewendeten Kosten für das Datenträgermaterial sowie für das Wiederaufbringen der Daten.

Der Versicherungsnehmer hat von jedem Schaden den in der Police als Selbstbehalt vereinbarten Betrag zu übernehmen ...

4. Sicherheitsvorschriften

Der Versicherungsnehmer trifft mindestens folgende Massnahmen zur Datensicherung:

- Doppelung der Programme und des Datenbestandes auf maschinell lesbaren Datenträgern,
- Aufbewahrung dieser Doppel in einem separaten Raum oder in feuerfesten Datenschränken.

C. *Versicherung der Mehrkosten*

1. Gegenstand der Versicherung

Die Versicherung deckt die Mehrkosten, die durch die Weiterführung der Verarbeitung von Daten entstehen, wenn der Betrieb der in der Police und in allfälligen Nachträgen bezeichneten Anlagen und Datenträger vorübergehend ganz oder teilweise durch ein gedecktes Schadenereignis unterbrochen wird.

Nur aufgrund besonderer Vereinbarung sind die Mehrkosten infolge eines gedeckten Schadenereignisses an der Klimaanlage oder an der Dauerstrom- oder Notstromversorgung, auch wenn diese nicht ausschliesslich der EDVA dienen, mitversichert.

Nicht gedeckt sind Kosten für die Wiederherstellung von Datenträgern in den ursprünglichen Zustand.

2. Versicherte Gefahren

Versichert sind Mehrkosten, die als Folge eines gedeckten Sachschadens an der Datenverarbeitungsanlage oder an den Datenträgern entstehen. Dieser Sachschaden muss durch ein nach den allgemeinen Bedingungen gedecktes Schadenersatzereignis verursacht worden sein.

Schäden, die aus Ursachen entstehen, für welche die Verkäufer-, Wartungs-, Reparatur- oder Vermieterfirma gesetzlich oder vertraglich haftet, sind mitgedeckt.

3. Versicherungssumme, Haftzeit, Ersatzleistung und Karenzfrist (Selbstbehalt)

Die Versicherungssumme wird für die in Wochen vereinbarte Haftzeit auf erstes Risiko festgesetzt.

Die Haftzeit beginnt mit Eintritt des gedeckten Schadenereignisses.

Die Gesellschaft ersetzt die Kosten, die während der Haftzeit für die Weiterführung der Datenverarbeitung im bisherigen Umfang anfallen, soweit sie über die Kosten hinausgehen, die in der gleichen Zeit ohne Schadenereignis entstanden wären.

Die Ersatzleistung ist begrenzt durch die vereinbarte maximale Tagesentschädigung, multipliziert mit der während der Haftzeit ausgefallenen Anzahl Arbeitstage.

Unterbrechungen von kürzerer Dauer als der in der Police festgelegten Karenzfrist sind von der Versicherung ausgeschlossen. Dauert die Unterbrechung länger als die Karenzfrist, so sind die auf die Karenzfrist im Verhältnis zur Gesamtdauer der Unterbrechung entfallenden Mehrkosten nicht gedeckt.

Karenzfrist und Dauer der Unterbrechung beziehen sich auf Arbeitstage der versicherten Anlage.

Die Gesellschaft haftet nicht für Schadenvermehrungen, die auf Umstände zurückzuführen sind, welche mit dem versicherten Sachschaden in keinem kausalen Zusammenhang stehen. Sie haftet insbesondere nicht für Schadenvermehrung durch

- Personenschäden,
- öffentlich-rechtliche Verfügungen,
- Vergrößerungen der Anlage oder Neuerungen, die nach dem Schadenereignis vorgenommen werden,
- Kapitalmangel, selbst wenn dieser durch den Sach- oder Unterbrechungsschaden verursacht wird.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 29. März 1954 in Engelberg geboren. Nach Beendigung der Primarschule besuchte ich ab 1967 die Stiftsschule Engelberg. 1974 bestand ich die Maturitätsprüfung Typus A. Im Frühling 1975 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Meine Lizentiatsexamina beendete ich am 21. Juni 1979. Anschliessend schrieb ich meine Doktorarbeit. Am 10. Dezember 1980 promovierte ich zum Doktor der Rechtswissenschaft.

